

DE LA CLAUSE DE CONSERVATION

par le survivant d'une exploitation
propre à l'époux prédécédé

THÈSE POUR LE DOCTORAT
(SCIENCES JURIDIQUES)

présentée et soutenue

le lundi 30 novembre 1931, à 14 heures

par

Edmond JACTAT

Ancien principal clerc de notaire

Président : M. HÉMARD, professeur

Suffragants : { MM. ESCARRA
HAMEL

LANGRES
IMPRIMERIE SAINT-PIERRE
8, RUE TASSEL

1931



Digitized by the Internet Archive
in 2026

DE LA CLAUSE DE CONSERVATION

**par le survivant d'une exploitation
propre à l'époux prédécédé**

**Etude pratique, jurisprudentielle
et doctrinale (avec formules)**



DE LA CLAUSE DE CONSERVATION

par le survivant d'une exploitation
propre à l'époux prédécédé

THÈSE POUR LE DOCTORAT
(SCIENCES JURIDIQUES)

présentée et soutenue

le lundi 30 novembre 1931, à 14 heures

par

Edmond JACTAT

Ancien principal clerc de notaire

Président: M. HÉMARD, professeur

Suffragants : { MM. ESCARRA
HAMEL

LANGRES
IMPRIMERIE SAINT-PIERRE
8, RUE TASSEL

—
1931

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



A LA MÉMOIRE DE MON FRÈRE

A MES PARENTS

À MON PARRAIN

MEIS ET AMICIS

INTRODUCTION

Genèse et aperçu chronologique de la controverse

1. La clause de conservation du fonds de commerce semble avoir une origine assez ancienne (1).

On a pu la trouver énoncée dans des contrats de mariage du XVIII^e siècle (2) ; mais il est fort probable qu'à cette époque, elle n'était pas encore d'un usage très courant.

Les formulaires des actes des notaires la signalent au XIX^e siècle (3) sous le titre « mariage d'un commerçant », ce qui fait présumer qu'on envisageait principalement l'hypothèse où l'un des époux possède un fonds de commerce lors de son mariage, alors que les traités-formulaires actuels en demandent la stipulation « même quand les époux ne sont pas commerçants lors du mariage » (4).

[1] (1) CAPITANT : *De la clause donnant au survivant des époux la faculté de prélever le fonds de commerce exploité par eux* ; *Rev. crit. lég. et jur.*, n° de janv.-févr. 1927. Tirage spécial, p. 13, n° 5. — Ch. DEFRÉNOIS : *Rép. gén. prat. du not. et de l'En.*, 15 juil. 1921, art. 19.795. — Contra : Ernest BÉHIN, thèse Lille 1925 : *De l'attribution du fonds de commerce au cas de dissolution de la communauté*, p. 66, n° 55 ; Pierre VIGNANCOUR, thèse Paris 1928 : *Le fonds de commerce dans les rapports entre époux*, p. 69, n° 82.

(2) CAPITANT : *loc. cit.*

(3) *Formulaire de Madre*, 2^e éd. ; Edouard CLERC : *Manuel théorique et pratique et formulaire général et complet du notariat*, 2^e éd. 1847, p. 367 ; 5^e éd. 1863, p. 430.

(4) *Traité pratique et formulaire général du notariat*, DEFRÉNOIS, 10^e éd. 1919, t. 3. n° 6146.

La clause, en effet, sous l'influence du développement du commerce et de l'industrie a, de nos jours, pris une importance considérable : elle est, peut-on dire, devenue de style.

Elle n'a pendant longtemps soulevé en France aucune difficulté, mais, à la suite d'un jugement rendu par le Tribunal de Rouen, le 5 avril 1921 (5), sur lequel une consultation écrite de M. CAPITANT ne laissa pas d'avoir la plus grande influence (6), une controverse très vive s'est élevée à son sujet.

Le tribunal avait annulé la clause de reprise du fonds de commerce propre à l'époux prédécédé, parce que, s'analysant, à son sens, en une « promesse de vente d'un bien propre dépendant de la succession du mari », elle constituait un pacte sur succession future, et, d'autre part, portait atteinte à la règle d'après laquelle la réserve héréditaire doit être fournie, non pas en valeur, mais en nature. Le jugement fut confirmé par arrêt de la Cour de Rouen, en date du 15 décembre 1922 (7).

(5) *J. N.*, 20 oct. 1922, art. 33.254 avec note FAUVEL. — *Rép. gén. prat. not.* 1921, art. 19.785 et *étude pratique*, par Ch. DEFRENOIS, art. 19.795. — *J. du N.*, 10 mai 1921, p. 136 avec note AMIAUD. — *Rec. civ. et not. des jurisclass.* 1921, p. 279 et *étude* MOREAU 1923, p. 181. — *Rev. nouv. not et proc.* 1921, p. 225.

(6) ALEM BASSET, thèse Paris 1924 : *Le fonds de commerce sous le régime de la communauté*, p. 243, note 1. — VIGNANCOUR, thèse préc., p. 83.

(7) *D. P.* 1923-2-1 et note CAPITANT. — *S.* 1928-2-33 et note GÉNY. — *J. N.*, 20 août 1923, art. 33.556 et note FAUVEL. — *Rép. gén. prat. du not.*, 15 juin 1923, art. 20.319. — *J. du N.*, 25 juil. 1923, p. 310 et note AMIAUD. — *R. du N.*, 15 août 1923, art. 19.632 et *études* BESNARD, art. 19.629 et *Carpentier*, art. 19.630. — *Rev. nouv. not. et proc.*, 15 nov. 1923, p. 612 et *étude pratique* DICHAMP, p. 603. — *Rec. civ. et not. jurisclass.* 1923, p. 341, avec note MOREAU. — *Bulletin de l'Associat. nation. des not. de France*, nov. 1923, p. 515.

2. Il causa, dans le monde du notariat, un émoi bien compréhensible (1).

La clause de conservation du fonds de commerce, comme nous l'avons établi plus haut, était, en effet, stipulée si fréquemment dans les contrats de mariage, que la décision de Rouen allait, croyait-on très justement, donner lieu à une véritable « éclosion » de procès. La prescription, en effet, n'atteignait pas la nullité absolue qu'on affirmait vicier notre clause, ou, pour admettre la solution pratique de la jurisprudence, seule la prescription de 30 ans devait s'y appliquer.

La responsabilité notariale se trouvait, de ce fait, engagée, tout au moins du point de vue moral (2), dans nombre de situations. D'autant que, surtout en matière successorale, le respect de la parole donnée, chez les contractants ou leurs ayants cause, est un frein bien insuffisant à la multiplication des contestations judiciaires. Mais cette émotion notariale, fait remarquer M. le doyen GÉNY (3), « s'est malheureusement manifestée plutôt par des doléances sentimentales et vagues que par des arguments juridiques précis et serrés ».

[2] (1) Tous commentaires précités aux notes 12 et 14 ci-dessus.

(2) M. NAST : *Rev. crit. lég. et jur.* 1924, p. 538. Voy. aussi SAVATIER : *Rép. gén. prat. du not.*, 15 avril 1929, art. 21.997, al. 11.

Il ne fait pas de doute en effet, que du point de vue responsabilité légale, on ne peut relever contre le notaire aucune faute « s'il adopte sur une question controversée l'attitude qui lui paraît la plus juridique ». Cf. civ. 18 juin 1918, D. 1922-1-49.

(3) *Pour la validité juridique de la clause du contrat de mariage permettant au survivant des époux la conservation du fonds de commerce resté propre à l'époux prédécédé*. Sem. Jurid., 7 juin 1928, p. 698, 2^e col.

3. Entre temps, un jugement du Tribunal civil de Lyon, du 7 juillet 1922 (1) admit implicitement la thèse de la nullité du fonds propre au prédécédé, car, s'il validait la clause dans l'espèce à lui soumise c'est parce qu'il considérerait, d'une interprétation hardie, le fonds comme tombé en communauté.

4. Un mouvement de réaction s'ébauche avec le jugement du Tribunal de Clermont-Ferrand, du 17 mars 1922, suivi par un arrêt de la Cour de Riom le confirmant purement et simplement, à la date du 14 mai 1923.

Ce jugement qui ne paraît pas, non plus que l'arrêt, avoir été publié dans les recueils (1), faisait sienne l'argumentation présentée par Charles DEFRENOIS dans son étude pratique, en suite du jugement de Rouen (2), déclarant la clause valable comme convention de mariage, même si elle concerne un fonds propre.

5. Puis ce mouvement de réaction s'amplifie avec un jugement du Tribunal de la Seine (2^e chambre) rendu à la date du 4 juillet 1924 (1), où ce

[3] (1) *Rép. gén. prat. du not.*, 20 sept. 1923, art. 20.400. — *J. du N.*, 10 nov. 1923, p. 507 et note AMIAUD. — *R. du N.*, 30 août 1923, art. 19.655. — *Rev. nouv. not. et proc.*, 15 nov. 1923, p. 614 et note DICHAMP. — *Rec. civ. et not. juriscl.* 1923, p. 341 et note MOREAU.

[4] (1) Ils sont tous deux signalés dans la thèse précitée de M. VIGNANCOUR, (n° 94 et n° 109, p. 97, note 1), et dans celle de M. Léon MAUX, (Toulouse 1930), *Contribution à l'étude des pactes sur succession future*, p. 233 et la note.

(2) *Préc. Rép. gén. prat. not.*, 15 juillet 1921, art. 19.795.

[5] (1) *S.* 1928-2-33 et note GÉNY. — *D.* Hebd. 1924, p. 611. — *Gaz. Pal.* 1924, 2-652. — *J. N.* 20 avril 1925, art. 34.322, et note DEYZAC et 20 août 1926, p. 574. — *Rép. gén. prat. not.* 15 nov. 1924, art 20.722. — *J. du N.*, 25 jan. 1925, p. 46 et note AMIAUD. — *Rev. civ. et not. juriscl.*, 1925, p. 140. — *Rev. mnémot.*, 15 oct. 1929, p. 133. — GÉNY, *sem.*

Tribunal prend nettement le contrepied des décisions de Rouen.

Non seulement, il décide que, dans l'espèce à lui soumise « les conditions particulières insérées au contrat de mariage » font de la clause une libéralité ; mais il tient à prouver que « la nature juridique réelle des clauses de conservation du fonds de commerce » en général, n'est pas telle qu'on doive les ranger dans la catégorie des pactes sur succession future et dans celles des dispositions entraînant un changement dans l'ordre légal des successions.

6. Dans le même temps, les jurisconsultes, qui, à l'exception de M. CAPITANT, dans sa note fondamentale au recueil périodique Dalloz (1) et de M. Henry MOREAU, directeur de l'Ecole de notariat de Paris (2) ne s'étaient pas encore intéressés directement aux débats, abordent vigoureusement la question.

M. Henri VIALLETON, professeur à la Faculté de Droit de Montpellier, se rangeant aux côtés de M. CAPITANT, adopte, dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence* (3) l'interprétation du Tribunal de Rouen. Il reconnaît, dans notre clause, une « promesse de vente, dont l'exigibilité est reportée à l'ouverture de la succession », tom-

jur. préc., al. 4, p. 699. — NAST : *clause de conservation du fonds de commerce* — *Validité* ; *Rev. crit. lég. et j.* 1925, p. 256. — *Validité de la clause de conservation d'une exploitation commerciale, industrielle ou agricole propre à l'un des époux*, *D. H.*, 1929, p. 38 (chronique), et *Rev. crit. lég. et jur.*, 1930, p. 532.

[6] (1) 1923-2-1 préc.

(2) *Rec. civ. et not. des juriscl.*, 1923, p. 181 et note sous *Trib. civ. Lyon préc.*

(3) Année 1924, p. 405.

bant « sous le coup de la prohibition des articles 1130 et 1600 confirmés par l'article 1389, en ce qui touche leur application aux conventions matrimoniales ».

M. Marcel NAST, professeur de Droit civil à l'Université de Strasbourg, l'analyse dans la même revue (4), comme une donation valable de biens à venir avec charges. Mais il se refuse à admettre (5), avec le Tribunal civil de la Seine, que la clause ne constitue pas un pacte successoral : « La clause, nous dit-il, quand elle porte sur un propre de l'époux prémourant est certainement un pacte sur succession future ».

7. La Cour de Paris, dans un arrêt de sa sixième Chambre en date du 11 décembre 1924 (1) admet la validité, comme convention de mariage, de la clause de reprise, par la femme renonçante, d'une officine de pharmacie dépendant de la communauté. Elle déclare, par contre, que le contrat de mariage « contient une disposition discutable, en ce qu'il prévoit l'option de l'époux survivant sur un propre de l'époux prédécédé », disposition qui, d'ailleurs, importe peu en l'espèce, puisque le fonds de pharmacie est tombé en communauté.

8. Nous devons noter au passage, bien que ne concernant qu'indirectement le point spécial que

(4) Année 1924, p. 534.

(5) *Op. cit.*, année 1925, p. 256.

[7] (1) *D. P.* 1925-II-39 ; *D. H.* 1925-31. — *Gaz. Pal.* 1925-1-403. — *Rép. gén. prat. du not.*, 15 juin 1925, n° 20.877. — *J. du N.*, 10 sept. 1925, p. 531. — *Rec. civ. et not. jurisclass.* 1925, p. 140 et note MOREAU. — *Rép. comm.* 1924, n° 5, art. 4.972. — Note NAST précit. dans *Rev. crit. lég. et j.* 1925, p. 257.

nous avons à traiter, un arrêt de la Cour de Cassation (Chambre civile) en date du 16 décembre 1925 (1). Pour M. VIALLETON (2), cet arrêt marque « l'acceptation, par la jurisprudence, d'une distinction essentielle entre le fonds de commerce commun dont la reprise est licite et le fonds propre à l'un des époux pour lequel la clause est interdite, comme constituant un pacte sur succession future ».

La Cour y décide que la clause d'attribution du fonds commun « doit être, sous réserve du droit des enfants issus d'un précédent mariage, réputée simplement une convention de mariage et entre associés » (motifs).

Et que la femme survivante qui use de cette faculté, ne devient pas, par le seul fait de son option, débitrice personnelle de la somme restée due sur le prix du fonds acquis, par le mari seul, durant la communauté.

9. Les Tribunaux avaient eu jusqu'ici à envisager notre clause, en tant qu'elle concerne un fonds de commerce proprement dit, ils allaient avoir à se prononcer sur la clause de conservation d'une exploitation agricole.

Par un jugement longuement motivé en date du 13 janvier 1927 (1), le Tribunal civil de l'Aisne, section de Saint-Quentin, analysant la clause de conservation d'une exploitation agricole, décide

[8] (1) S. 1926-1-169 et note VIALLETON. — D. P. 1927-1-5, et note CAPITANT, D. H. 1926-182. — *Gaz. Pal.* 1926-1-250. — *Gaz. Trib.* 1^{er} et 2 mars 1926. — *Rép. gén. prat. du not.*, 28 févr. 1926, art. 21.075. — *J. du N.*, 10 avril 1926, p. 219. — *Rec. civ. et not. jurisclass.* 1926, p. 221. — *Rép. comm.* 1926-3-559. — Etude BESNARD, dans *R. du N.*, 15 nov. 1926, art. 21.245.

(2) Note préc. au SIREY.

[9] (1) *Rép. comm.* 1928, n° 10, art. 7.496.

que, s'appliquant à un fonds propre, elle « constitue moins une promesse de vente, qu'une vente sous condition de survie avec faculté de dédit ». D'autre part, « il ne saurait être question d'atteinte à la réserve, puisqu'il s'agit d'une convention à titre onéreux ». Enfin « l'article 1130 ne saurait être invoqué qu'en étendant arbitrairement la notion de pacte sur succession future ».

10. Déférée en appel, cette décision du Tribunal de Saint-Quentin était infirmée pour la partie nous intéressant, par arrêt de la Cour d'Amiens (qui a donné lieu à plusieurs critiques assez justes semble-t-il (1), rendu à la date du 27 juin 1928 (2).

La Cour y prononce la nullité de la clause, en tant qu'elle « donne à l'époux survivant des droits sur le matériel agricole et le droit au bail pour 9 années, des lieux où s'exerce l'exploitation des immeubles soit de communauté, soit propres aux époux ».

Elle invoque les motifs de pacte sur succession future et d'atteinte à la réserve, qu'elle ne justifie d'ailleurs pas autrement. Elle s'appuie en outre sur la considération de fait tout au moins inattendue, que « si on mettait en vente des immeubles successoraux grevés d'un tel bail, seule la veuve... pourrait s'en rendre acquéreur, ou alors les immeubles se vendraient à des prix très inférieurs à leur

[10] (1) Note FAUVEL sous l'arrêt des *J. N.*, 20 juin 1929, art. 35.919. — Etude F. et G. ROULOIS dans *Rev. mnémot.* 15 oct. 1929, p. 130.

(2) *D. P.* 1929-2-53 ; *D. H.* 1928, p. 548. — *J. N.* 20 juin 1929, art. 35.919 avec note FAUVEL préc. — *Rép. gén. prat. not.*, 30 janv. 1929, art. 21. 918. — *J. du N.*, 10 oct. 1929, p. 614. — *Rép. comm.* 1928, n° 10, art. 7.496 préc. — *Rev. nouv. not. et proc.*, déc. 1928, p. 467. — *Rev. mnémot.* 15 oct. 1929, p. 130. — NAST : chronique au *D. H.* 1929 préc. p. 38 et *Rev. crit. lég. et jur.* 1930 préc. p. 532.

valeur ». Qu'en outre, « une telle situation avantagerait la veuve survivante au détriment des autres héritiers ».

11. La Cour d'Amiens eut à se prononcer une seconde fois, le 14 février 1929 (1), sur appel d'un jugement de la section de Saint-Quentin du Tribunal de l'Aisne, en date du 23 juin 1927.

Dans l'espèce, il s'agissait à la fois d'une exploitation agricole dépendant de la communauté et d'un fonds de commerce de bestiaux propre au *de cujus*, comme l'ayant apporté en mariage.

La Cour, complétant le jugement du Tribunal, qui avait, dit-elle, « omis de statuer sur la validité de la clause afférente à la continuation du commerce de bestiaux », en prononça la nullité « comme une stipulation sur succession non ouverte interdite par l'article 1130 ».

Mais, d'autre part, elle déclarait que les premiers juges avaient validé à juste titre la clause de conservation, comme convention de mariage, en ce qu'elle concernait l'exploitation agricole dépendant de la communauté. Elle admit même, suivant en cela M. CAPITANT (2), que la clause autorisait valablement la veuve à se faire consentir bail d'immeubles propres au prédécédé. La Cour chargeait, à cet égard, les experts de déterminer « parmi les immeubles dépendant de la communauté et de la succession, ceux qui sont nécessaires à l'habitation

[11] (1) *Rép. gén. prat. du not.*, 15 juin 1929, art. 22.051 et la note. — MAUX : thèse préc. p. 231. — NAST : *Rev. crit. lég. et jur.*, 1930, préc. p. 533.

(2) CAPITANT : *Rev. crit. lég. et jur.*, 1927, n° 47, p. 59 (formule de conservation de l'établissement dépendant de la communauté).

de la veuve... et à la continuation de son exploitation agricole ».

12. Au point de vue doctrinal, la controverse allait prendre un intérêt nouveau, du fait que M. le doyen François GÉNY, professeur à la Faculté de Droit de Nancy entraînait dans la lice, par une note et une dissertation de la plus haute tenue juridique et d'une documentation très étendue (1).

Il prenait résolument position contre la théorie de la nullité, que M. CAPITANT venait de défendre, avec le talent de sa haute autorité, dans sa note précitée au Dalloz (2) et dans son étude si fouillée à la Revue critique de législation et de jurisprudence (3).

Pour M. GÉNY, la clause d'attribution au conjoint survivant du fonds de commerce resté propre à l'époux prédécédé, qui « pourrait être reconnue valable comme institution contractuelle », s'analyse plus juridiquement en une « promesse unilatérale de vente que l'époux prémourant a consentie pour se réaliser à sa mort ».

L'option du conjoint survivant, réalisant la conclusion définitive du contrat intéressé, produit ses effets à compter du décès du *de cujus*.

Ce contrat *post mortem* ne réalise pas plus un pacte sur succession future qu'une vente entre époux. « Il est valable, pense M. GÉNY, et opposable aux héritiers même réservataires, sans que ceux-ci

[12] (1) Note préc. au SIREY, 1928-2-33 ; et *sem. jur.*, étude préc. 7 juin 1928, p. 697 et 14 juin 1928, p. 729.

(2) 1923-2-1.

(3) N° de janv.-févr. 1927, p. 21 à 78, La dissertation de M. CAPITANT a fait l'objet d'un tirage spécial auquel nous nous reportons dans nos références.

puissent le faire annuler ou réduire, tant qu'il conserve son caractère onéreux ».

13. M. NAST, jusque là, avait cru pouvoir analyser notre clause en une donation de biens à venir avec charges (1), assimilable au legs (2). Il affirmait d'ailleurs que « la clause, quand elle porte sur un propre de l'époux prémourant, est certainement un pacte sur succession future (3). Mais, à la suite de dissertations de M. GÉNY (4), il se trouve amené à modifier son opinion.

Sans abandonner entièrement la théorie qui lui est chère de l'institution contractuelle avec charges, il reconnaît qu'elle présente des « inconvénients assez graves », tant en ce qui concerne l'atteinte à la réserve, que la révocation pour ingratitude et la caducité prévue par l'article 299 du Code civil.

Aussi, dans une remarquable étude au Répertoire général pratique du notariat et de l'Enregistrement (5), appuyée d'une chronique au Dalloz Hebdomadaire (6), il se range aux côtés de M. GÉNY, adoptant la théorie de la promesse de vente *post mortem*. Ce qui lui vaut d'ailleurs, de la part de M. MOREAU (7), de très vifs reproches, en particulier celui de sembler « tendre moins à chercher une solution juste à la lumière des principes, qu'à accommoder les principes avec la solution désirée ».

[13] (1) *Rev. crit. lég. et jur.* 1924, préc. p. 538 *in fine*.

(2) *ib.* p. 539.

(3) *Rev. crit.* 1925, p. 257.

(4) *Rép. gén. prat. not.*, 28 févr. 1929, art. 21.939, p. 112, n° 16.

(5) *Op. cit.*

(6) *Préc.* 1929, p. 37.

(7) *Sem. jur.* 11 avril 1929, p. 445.

Cette étude n'envisageait la clause que dans les contrats de mariage. Elle a été suivie d'une autre parue dans la même revue (8), où M. NAST examine avec le cas d'attribution du fonds commun, celui de l'attribution du fonds propre, contenu dans un testament. Cette disposition lui semble licite. Elle constitue pour lui, en effet, « soit un legs de la faculté d'acquérir, soit un legs à charge de verser une somme à la succession du testateur ». Mais elle est, nous dit-il, précaire, le legs étant révocable et ne produisant effet qu'à concurrence de la quotité disponible.

M. NAST considère, en outre, le cas où l'attribution est faite par acte entre vifs. Il la considérerait alors volontiers comme une promesse de vente *post mortem*, mais craint qu'on ne lui objecte l'interdiction des ventes entre époux. Aussi, « pour éviter l'application éventuelle de l'article 1595 », préfère-t-il la considérer comme une « donation par acte entre vifs de la faculté d'acquérir, à titre onéreux, après la mort du donateur, d'un bien faisant partie de la succession de celui-ci ». Son assimilation à un legs avec charge valable sera d'autant plus facile que la donation entre époux au cours du mariage est « révocable comme un testament ».

14. Un professeur à la Faculté de Droit de Poitiers, M. R. SAVATIER, dans une savante étude parue au même Répertoire général du Notariat (1), nous fait connaître aussi son opinion.

(8) 15 août 1929, art. 22.107.

[14] (1) 15 avril 1929, art. 21.997 : *Des clauses du contrat de mariage permettant au conjoint survivant de conserver un fonds de commerce ou un train de culture propre au prédécédé.*

Signalant « la position aussi nette que solide prise par MM. GÉNY et NAST », il veut « s'associer à cette défense ».

Pour le distingué professeur, il n'y a pas, en principe, pacte sur succession future, l'intention du disposant étant généralement de faire de la mort « un terme ou une condition, c'est-à-dire une simple modalité des droits qu'il accorde » ; mais les Tribunaux peuvent en juger autrement s'il leur paraît que l'intention du stipulant est de « donner sur son propre, à son époux survivant, un droit successif (pacte sur succession future) ».

D'autre part, il semble à M. SAVATIER que même l'interprétation de la clause comme pacte sur succession future n'entraînerait pas nécessairement la nullité. En effet, pour employer une expression due à M. CAPITANT, notre clause n'est-elle pas un simple « diminutif » de l'institution contractuelle permise dans le contrat de mariage ? En outre, ce qui est vrai pour le legs avec charges, à savoir sa validité, est certainement « vrai aussi pour l'institution contractuelle ».

15. Les Cours et Tribunaux, de leur côté, ne restaient pas inactifs. Ils rendaient des décisions d'une portée juridique assez haute pour faire l'objet, dans nos grands recueils, de nombreuses notes et dissertations d'éminents professeurs, principalement de M. CAPITANT (1) dans le Dalloz péri-

[15] (1) *D. P.* 1929-2-107, s. *Trib. civ.*, Seine 24 déc. 1928. — 1931-2-1 s. Paris 21 févr. 1930. — 1931-2-4 s. Paris 5 déc. 1929. — 1931-2-6 s. Rouen 28 oct. 1930.

dique, et MM. GÉNY (2) et VIALLETON (3) dans le Recueil Sirey.

Plusieurs de ces décisions considéraient la clause sous un angle entièrement nouveau : en tant qu'elle s'applique à des droits sociaux.

C'est ainsi qu'un jugement du Tribunal de la Seine (1^{re} Chambre supplémentaire) du 24 décembre 1928 (4), infirmé par un arrêt de la Cour de Paris (1^{re} Chambre), en date du 21 février 1930, examiné plus loin (n° 17), voyait en notre clause s'appliquant aux Droits sociaux, une promesse de vente nulle comme pacte sur succession future. Il rompait, en cela, délibérément avec les précédents errements du même Tribunal, que nous avons relatés plus haut (n° 5).

16. La première Chambre de la Cour de Paris, dans un arrêt rendu, sur une espèce voisine, le 5 décembre 1929 (1) sous la présidence de M. le premier Président DREYFUS, trouvait logique que l'on discutât, en doctrine et en jurisprudence, notre clause contenue dans un contrat de mariage. Mais elle décidait que « la situation n'est pas la même,

(2) S. 1930-2-57 s. Paris 5 déc. 1929. — 1930-2-97 s. Paris 21 févr. 1930.

(3) S. 1929-1-137 s. *Cass. civ.* 14 janv. 1928.

(4) *D. P.*, 1929-2-105 et note préc. CAPITANT. — *Gaz. Pal.*, 20 févr. 1929. — *J. N.*, 20 juin 1929, art. 35.919 et note FAUVEL. — *Rép. gén. prat. not.*, 15 mars 1929, art. 21.955. — *J. du N.*, 25 mars 1929, p. 191 et note DEYZAC. — *R. du N.*, 1929, art. 22.966. — *Sem. jur.*, 14 févr. 1929, p. 216. — *Rép. comm.*, avril 1929, art. 8.044 et études CHARRON *R. du N.*, 15 oct. 1929, art. 23.038 et DEYZAC. — *J. du N.*, 25 févr. 1930, p. 97.

[16] (1) *D. P.*, 1931-2-4 et note préc. CAPITANT. — S. 1930-2-57 et note préc. GÉNY. — *Gaz. Pal.* 1930-1-181 et conclusions y rapportées de M. l'av. gén. Dumas. — *J. N.*, 20 mars 1930, art. 36. 158. — *J. du N.*, 10 avril 1930, p. 219 et note DEYZAC.

quand la clause de conservation ou de rachat, en faveur de l'associé survivant, est insérée dans un acte de société ». Tout d'abord par suite des dispositions de l'article 1868 du Code civil ; puis, parce que la clause, disait-elle, n'a nullement pour objet « d'attribuer un droit privatif sur tout ou partie d'une succession non ouverte ». Elle équivaut à une promesse de vente », dont l'objet, à savoir les droits sociaux, « n'appartiendront pas éventuellement aux associés survivants à titre successif, mais en vertu d'un contrat à titre onéreux, dont les dispositions, arrêtées d'un commun accord, demeurent simplement suspendues, jusqu'à la réalisation d'un événement incertain ».

C'était un point marqué pour les partisans de la validité de la clause (2).

17. Ils allaient invoquer aussi en leur faveur (1), bien que les adversaires de la validité n'y voient qu'une décision d'espèce (2), un arrêt rendu à la date du 21 février 1930 (3) par la même Chambre, en suite du jugement précité (n° 15) du Tribunal de la Seine du 24 décembre 1928.

Cet arrêt infirmatif considère, comme une stipulation pour autrui valable, la faculté d'opter pour la

(2) CAPITANT : note ss l'arrêt, préc. p. 4, 1^{re} col. — GÉNY : note ss l'arrêt, préc. p. 57, col. 3. — MAUX : thèse préc. p. 254.

[17] (1) GÉNY : note ss l'arrêt, préc.

(2) CAPITANT : note ss l'arrêt, préc. — MAUX : thèse préc. p. 252.

(3) *D. P.*, 1931-2-1 et note CAPITANT. — *S.* 1930-2-97 et note GÉNY. — *J. N.*, 5 avril 1930, art. 36.173 et note DEYZAC. — *Rép. gén. prat. not.*, 15 avril 1930, art. 22.356. — *J. du N.*, 10 mars 1930, p. 146 et note DEYZAC. — *Rev. prat. not. belge*, 1930, p. 264. — Etude CHARRON dans *R. du N.*, 15 avril 1930, art. 23.321.

continuation de la société réservée à la veuve dans le pacte social préexistant.

La clause de conservation de droits sociaux insérée au contrat de mariage est, pour la Cour, une acceptation définitive de cette stipulation, en sorte qu'un testament postérieur n'a pu la révoquer.

En outre, l'arrêt prend soin d'énoncer que la disposition du contrat de mariage, qui vient se juxtaposer, avec la clause contenue au pacte social, « n'a porté aucune atteinte à l'ordre légal des successions et ne revêt pas le caractère d'un pacte sur succession future ».

18. Le même Tribunal de la Seine, qui s'était rallié à la thèse de la prohibition, mais dont la décision avait été cassée par l'arrêt que nous venons de citer, a rendu, à la date du 28 mars 1930 (1), un jugement que les adversaires, comme les partisans de la validité, seront d'accord, croyons-nous, pour approuver.

Dans l'espèce à lui soumise, il était stipulé au contrat de mariage, outre la clause de conservation de mobilier, dont nous n'avons pas à nous occuper ici, une disposition relative à la conservation du fonds de commerce, à charge de « tenir compte à la succession des marchandises et objets mobiliers, d'après la prise de l'inventaire, ainsi que de l'achalandage, à dire d'experts ».

Mais le contrat de mariage, stipulant que le survivant, bénéficiaire du fonds, aurait seul droit au bail des lieux, le Tribunal en a conclu « que les époux ont entendu ne pas imposer au bénéficiaire de la clause le paiement à la succession de la valeur

[18] (1) *Gaz. Pal.*, 1931-1-144 sous note. — *Rép. gén. prat. not.*, 30 mai 1931, art. 22.760.

de ce droit au bail, ce qui constitue incontestablement une libéralité ».

Et il a validé la disposition comme donation de biens à venir avec charge, valable dans la mesure de la quotité disponible.

19. La Cour de Rouen, depuis sa décision précitée (n° 1), n'avait pas eu à connaître d'autres situations où pouvait jouer notre clause.

Dans un arrêt qui aura, croyons-nous, un aussi grand retentissement que le premier, parce qu'il paraît constituer un véritable revirement, elle donna son opinion sur la liceité de la clause stipulée dans un acte entre vifs, et s'appliquant à une exploitation agricole de communauté :

1) comme contraire à l'immutabilité des conventions matrimoniales,

2) et, si elle est énoncée, à charge de payer la valeur entière du fonds, comme promesse de vente constituant un pacte sur succession future. — A ce dernier point de vue, la discussion est la même pour la clause concernant un fonds propre que pour celle concernant un fonds de communauté

On sait que, dans ce cas, la clause peut être discutée sous deux chefs.

Le Tribunal de Rouen (1^{re} Chambre) dans un jugement du 19 juin 1929 (1) confirmant sa jurisprudence antérieure, avait décidé qu'une telle clause constitue « incontestablement une promesse de vente et non une donation, puisque l'opération

[19] (1) *D. H.*, 1929-567. — *J. N.*, 5 janv. 1930, art. 36.065. — *Rép. gén. prat. du not.*, 15 sept. 1929, art. 22.130 et étude prat., art. 22.127 — *Sem. jur.*, 2 janv. 1930, p. 9. — NAST : étude dans *Rev. crit. lég. et jur.*, 1930, p. 532. — DEMEY : étude dans *J. du N.*, 10 mai 1930, p. 262.

n'a aucun caractère gratuit ». Que si elle eut été valable dans un contrat de mariage, en exécution des dispositions des articles 1515 et 1520, « renfermée comme en l'espèce dans un acte passé entre époux postérieurement à leur mariage, elle constitue un pacte sur succession future prohibé par la loi ».

20. La Cour de Rouen, devant qui l'affaire était portée en appel, décida, dans un arrêt infirmatif du 28 octobre 1930 (1) que la clause était valable.

Elle présentait en effet « en l'espèce, le caractère d'une libéralité », tant par les termes employés que par l'intention de gratifier résultant du contexte, et les avantages d'ordre incorporel, qui en résultent pour le conjoint.

Enfin, on ne saurait y voir, dit la Cour, « un pacte prohibé sur succession future ; l'acte de libéralité entre époux, d'ailleurs toujours révocable, échappant par application de l'article 1.094 du Code civil à la prohibition édictée par l'article 1130 du même Code ».

21. Les dernières décisions jurisprudentielles publiées, à notre connaissance, dans les recueils au moment où nous écrivons, au sujet de notre clause, sont un arrêt de la Cour de Paris (2^e Chambre), en date du 14 janvier 1931 (1) et un arrêt de la Cour de Douai du 28 janvier 1931 (2).

La première de ces sentences décide que la clause de conservation d'une exploitation agricole de com-

[20] (1) *D. P.*, 1931-2-6 et note CAPITANT. — *Rép. gén. prat. not.*, 15 janv. 1931, art. 22.623.

[21] (1) *Gaz. Pal.*, 1931-1-144. — *Rép. gén. prat. not.*, 30 avril 1931, art. 22.736. — *J du N.*, 25 juil. 1931, p. 444.

(2) *J. N.*, 5 oct. 1931, art. 36.838, p. 748.

munauté, stipulée dans un contrat de mariage au profit du survivant des époux, ne constitue pas un pacte sur succession future, puisque « les biens qui en font l'objet ne sont pas réclamés à titre de succession », mais comme « convention de mariage et entre associés ».

Et que, d'autre part, est licite « le droit au bail accessoire indivisible de cette exploitation, même s'il a porté, pour une faible part d'ailleurs, sur des immeubles dépendant de la succession, comme propres à l'époux prédécédé ».

22. Quant à la décision de la Cour de Douai, confirmant un jugement du Tribunal départemental du Nord (section de Valenciennes) du 3 avril 1930, elle énonce que la clause s'appliquant à un fonds commun, ne fait pas apparaître, par elle-même, au profit de l'époux survivant, un avantage suffisant pour permettre l'action en retranchement des enfants du premier lit.

Qu'en outre, la promesse de bail sur un immeuble propre conférée par la clause ne constitue pas un pacte sur succession future, puisque le *de cujus*, par ce fait, « a voulu avant tout permettre » à son conjoint « l'exploitation du fonds de commerce commun en lui assurant un droit au bail qui en constituait l'un des éléments essentiels ».

23. En résumé : si au début de la controverse, notre clause paraissait devoir être condamnée, à la suite des décisions des Tribunal et Cour de Rouen (n° 1 ci-dessus) et des deux décisions de la Cour d'Amiens (n° 10 et 11 ci-dessus), il semble qu'actuellement on assiste à une réaction vigoureuse de la jurisprudence.

Le Tribunal de la Seine, qui avait appliqué, dans son dernier état, la théorie de la nullité (n° 15 ci-dessus), voit sa décision infirmée par la Cour de Paris, laquelle, il est vrai, examine les faits sous un autre angle.

Le Tribunal de Rouen, ayant appliqué, une deuxième fois, l'idée de pacte sur succession future (n° 19 ci-dessus) voit, cette fois, son jugement condamné par la Cour (n° 20 ci-dessus) par un revirement bien caractérisé.

Enfin, la Cour de Paris et la Cour de Douai, dans leurs arrêts tout récents (n°s 21 et 22 ci-dessus) étayent un des arguments des partisans de la validité (1), en admettant avec la Cour d'Amiens (n° 13 ci-dessus) que la promesse de bail, contenue dans la clause générale, peut porter sur des biens propres au conjoint prédécédé.

Quant à la doctrine, elle se prononce en général, pour la validité de notre clause : il est vrai que, d'autre part, les partisans de la prohibition ont pour eux la haute autorité de MM. CAPITANT et VIALLETON.

Bref, on est arrivé, semble-t-il, à cette idée que l'analyse juridique de la clause, en ce qu'elle s'applique à un fonds propre au prédécédé, n'est pas telle qu'elle en commande la prohibition.

On tend ainsi à rassurer les praticiens sur le sort d'une disposition, qu'ils ont, de tout temps, déclarée des plus satisfaisantes, pour assurer l'avenir de la famille conformément aux volontés de son chef.

[23] (1) Note ss. Paris 14 janv. 1931, dans *Rép. gén. prat. not.* et dans *J. du N. préc.*

24. Notre étude de la clause commerciale s'ordonnera en *quatre parties* :

La *première* consistera en un exposé analytique des diverses rédactions de la clause et de l'acte d'option qui en est la conséquence.

Nous rechercherons, dans la *seconde partie*, la valeur morale et l'utilité pratique de notre disposition.

Puis dans une *troisième partie*, fondamentale, nous étudierons les diverses opinions qui s'affrontent, proposant ensuite notre interprétation.

La *dernière partie* concernera les effets de la clause.

PREMIÈRE PARTIE

Formes de la clause et de l'acte d'option et exposé analytique de leurs diverses rédactions

LIVRE I^{er}

La clause en elle-même

TITRE I^{er}

Dans les contrats de mariage.

CHAPITRE I^{er}

CLAUSE DE CONSERVATION D'UN FONDS DE COMMERCE OU DE DROITS SOCIAUX

25. Si l'on examine la structure de la clause de conservation du fonds de commerce, telle qu'elle est rédigée en général (1), on constate qu'elle comporte plusieurs éléments.

[25] (1) Edouard CLERC : *form. du not.*, tome 1^{er}, *loc. cit.* — LANSEL : *Encyclopédie notariat et Enregistrement*, t. 6, 1880. verso contrat de mariage, p. 627 et 628, formules n^{os} 15 et 16. — DEFRÉNOIS : *formulaire général du notariat* préc. p. 88, art. 8 (form. 1.266). — AMIAUD : *Traité formulaire général alphabét. et raisonné du notariat* 6^e édit. 1914, v^o cat. dem. p. 797, form. 16 et 17. — MAGUET : *Traité formulaire à l'usage des aspirants au notariat*, t. II 1926, p. 112,

Il convient d'abord de remarquer qu'elle accorde, au cas de dissolution du mariage par décès de l'un des époux, une « faculté de conserver » disent certains contrats, un « droit de conserver » énoncent d'autres, au survivant des conjoints.

Il n'est pas jusqu'au contrat de mariage de 1785, cité par M. CAPITANT (2), qui n'emploie l'expression : « le survivant gardera, s'il le juge à propos ».

26. Sur quoi s'exercera cette faculté ? Sur « le fonds de commerce ou l'établissement commercial ou industriel que les futurs époux ou l'un d'eux exploitent au décès du premier mourant d'eux » (1).

Certains formulaires, à ce sujet, dans leurs édi-

art. 8. — Formulaire annoté des actes des notaires par les rédacteurs du *J. N.* 15^e édit. 1914, form. 247, art. 12, p. 130; form. 249, art. 7, p. 132; form. 250, p. 132; form. 251, p. 133. PLANIOL, RIPERT et NAST : *Traité pratique de Droit civ. franç.* tome 9, *Rég. matrim.* 2^e, 1927, n^{os} 890 à 894. — CAPITANT : Extrait préc. de la *Rev. crit. lég. et jur.*, 1927, p. 5, n^o 1, et p. 7, note 1. — MACHEREAU, thèse Paris 1908 : *Les clauses de prélèvement facultatif moyennant indemnité.* — DEGAUD : thèse Paris 1916 : *Des conventions modificatives du partage égal de communauté*, p. 162, n^o 179. — BASSET : thèse Paris 1924 : *Le fonds de commerce sous le régime de communauté*, p. 234. — BÉHIN : thèse préc. — VIGNANCOUR : thèse préc. p. 65 à 68. — MAUX : thèse préc. p. 208, n^o 2. — DUPUIS : thèse Paris 1931 : *La clause de reprise du fonds de commerce* p. 105 à 114. — MORIN : thèse Paris 1931 : « *Les pactes sur succession future en droit positif français actuel*, p. 63, al. 4, et nos recherches personnelles dans différentes études de l'Aube. — Il est très rare qu'on envisage le cas de dissolution du mariage par le divorce.

(2) *Extr. préc. R. er. l. et j.*, 1927, p. 13.

[26] (1) Partie de la clause citée par M. CAPITANT dans la *Rev. crit. ssén.*, p. 5, comme étant la plus usitée en Belgique et dans le nord de la France.

Nous l'adopterons comme clause type d'où seront tirés, sauf indication contraire, tous les extraits qui vont suivre.

Elle se rapproche sur nombre de points de la clause que nous avons coutume d'insérer dans les contrats de mariage dont la rédaction nous était confiée.

tions récentes (2), exposent la controverse existante et conseillent au notaire de supprimer ce qui a trait au fonds propre ou tout au moins de donner aux parties connaissance des décisions de la jurisprudence.

D'autres (3), modifiant purement et simplement leur formule, ont tenu à y ajouter cette disposition : « et si le fonds n'est pas un propre de l'époux prédécédé ».

Enfin, plusieurs praticiens ajoutent à la rédaction habituelle : « si les lois en vigueur le permettent ».

27. Après les stipulations relatives à l'assiette du droit de reprise, figurent les dispositions concernant la contrepartie à fournir aux héritiers.

Notre formule-type prévoit qu'on tiendra compte aux héritiers du prédécédé, de la portion leur appartenant dans « la valeur de l'achalandage et de la clientèle dudit fonds de commerce ou établissement et dans celle des ustensiles, matériel, marchandises et effets mobiliers en dépendant ».

Il est bon de se souvenir que c'est dans une espèce où la clause était rédigée de semblable manière que le Tribunal de la Seine, dans son jugement précité du 28 mars 1930 (n° 18 ci-dessus), en a admis la validité.

Il y a, a-t-il prononcé, donation avec charges qui ne peuvent absorber entièrement la libéralité, puisqu'on n'y rencontre pas de contrepartie en ce qui concerne la valeur du droit au bail, élément primordial du fonds de commerce.

(2) MAGUET : *loc. cit.* — *Additions 1924 au Formul. annoté des Actes des notaires*, form. 44, p. 24.

(3) AMIAUD : 8^e éd. 1924, du *Traité formul. préc.* t. 1, p. 792.

C'est d'ailleurs dans un style à peu près semblable que CLERC et DEFRÉNOIS, dans leurs formulaires précités (note 1, sous n° 25 ci-dessus) proposent de rédiger cette partie de la clause, et plusieurs des rédactions de la pratique (y compris celle que nous employions) sont établies de cette manière.

Par contre, d'autres formules, comme celle d'AMIAUD, du « Formulaire des actes des notaires » ou celle citée en note par M. CAPITANT dans l'extrait de la Revue critique précité (1) stipulent nettement que le fonds lui-même « comprenant la clientèle, l'achalandage et *le droit au bail* » y sera repris « pour l'estimation qui en sera donnée. » (2).

Il arrive quelquefois aussi, et les formulaires le prévoient, que l'époux survivant n'aura pas à tenir compte de l'achalandage ; mais rares sont les cas où le fonds est attribué à titre entièrement gratuit.

28. Quant aux conditions dans lesquelles s'effectuera la fixation de la valeur du fonds, notre clause type comme d'ailleurs la plupart des clauses, propose que l'estimation en soit faite, en l'inventaire, par deux experts amiablement choisis, avec faculté de s'en adjoindre un troisième.

Elle s'étend, en outre, sur le mode de nomination de l'expert par les représentants du prédécédé. Il sera choisi, dit-elle, « par leur tuteur, s'il sont mineurs ou interdits, ou par le subrogé-tuteur, si ce sont des enfants issus du mariage ».

Une rédaction, plus conforme à la pratique, nous paraît-être celle de CLERC et du formulaire des

[27] (1) Voir les références indiquées à la note 64 ci-dessus.

(2) Form. 250 du Formul. préc. des Actes des notaires.

Actes des notaires, qui distinguent des marchandises et objets mobiliers repris pour la prisee du commissaire priseur en l'inventaire, l'achalandage et, s'il y a lieu, les autres éléments incorporels attribués pour l'estimation donnée au même acte par les experts.

29. « Le survivant, exerçant la faculté dont il s'agit, énonce la clause, aura seul droit aux baux des lieux où s'exploiteront ledit fonds de commerce ou établissement, et où les futurs époux auront leur habitation ».

Certaines formules, celle d'AMIAUD par exemple ou du Formulaire des Actes des notaires, s'en tiennent à la première partie de la proposition, à savoir qu'elles confirment purement et simplement la donation ou cession du droit au bail, élément du fonds de commerce.

Au contraire, la formule que nous avons vu le plus souvent appliquée dans la pratique et qu'adoptent d'ailleurs les formulaires de CLERC et de DEFRENOIS, confère au survivant un avantage supplémentaire, en ce sens qu'elle lui donne droit exclusif de continuer le bail des *locaux d'habitation*.

Ces droits s'exercent naturellement à charge par le survivant des époux « de payer seul les loyers à compter du jour du décès du prémourant et d'exécuter les charges et conditions desdits baux, de manière que les représentants du prédécédé ne soient jamais inquiétés ni recherchés à ce sujet ».

30. Une autre disposition, qui pourra donner lieu à discussion (voy. n° 93), vise encore dans notre clause le droit au bail.

C'est celle édictant que les héritiers « *seront tenus*, si le survivant l'exige, de lui passer bail des lieux nécessaires à l'exploitation de son commerce ou de son industrie et à son habitation », que le fonds soit exploité « dans une maison dépendant de la communauté ou *propre* à l'époux prédécédé ».

Ces termes sont ceux généralement employés par les formules : certaines, très rares (1) retranchent ce qui a trait au bail des locaux d'habitation.

Précisons-le dès maintenant, il ressort du texte, que le prémourant confère au survivant une véritable promesse de bail indispensable pour la continuation du commerce, promesse que la Cour de Paris, dans son arrêt précité (n° 21) du 14 janvier 1931, a jugée licite, même quand elle porte sur des immeubles dépendant de la succession.

Les conditions de ce bail sont à peu près les mêmes dans toutes les clauses :

durée fixée au contrat de mariage (de neuf ans maximum) ;

prix, charges et conditions fixées amiablement ou à dire d'experts ;

et faculté pour le survivant de « céder son droit à ce bail en demeurant garant de son cessionnaire ».

31. Généralement la clause envisage alors le cas « où les époux ou *l'un d'eux* seraient intéressés dans une société de commerce ou d'industrie ».

Elle donne alors au survivant « droit de conserver pour son compte personnel la part d'inté-

[30] (1) Ex : celle employée par CLERC et celle rapportée par M. MAUX dans sa thèse préc.

rêt » dans cette société, qui sera fixée, dit-elle, par des experts choisis comme ci-dessus, se basant sur le dernier inventaire social, sans qu'il y ait lieu de tenir compte des opérations postérieures au décès.

Certains contrats ajoutent, prévoyant le cas où le décès arriverait avant le premier inventaire social, qu'à défaut de stipulations à l'acte de société, les droits seraient alors évalués « au montant uniquement des capitaux et valeurs mis en société par la communauté ou l'un ou l'autre des époux ».

Enfin, beaucoup expriment la réserve, qu'ils n'entendent porter aucun préjudice « aux stipulations et conditions des actes constitutifs » des sociétés (1).

32. Comment l'époux survivant paiera-t-il la contrepartie qu'il doit fournir, dans la majorité des cas, aux héritiers du prédécédé ?

D'abord, énoncent la généralité des contrats, en l'imputant sur le montant de ses droits, « tant en pleine propriété qu'en usufruit, soit dans la communauté, soit dans la succession du prédécédé ».

Puis, pour payer le surplus, s'il en existe, il aura un délai que les rédacteurs de la clause font varier avec les espèces.

De même, le taux des intérêts à servir aux héritiers, sur la somme restant due, sera plus ou moins élevé suivant les contrats, quoiqu'en principe il soit très logique de stipuler sa fixation « au taux légal de l'époque ».

[31] (1) Voy. p. ex. contrat de mariage dans affaire soumise à Cr. de Paris (arrêt du 21 février 1930, n° 17 ci-dessus).

Il est, en outre, d'un usage très fréquent et très recommandable de prévoir qu'au cas de cessation d'exploitation, apport en société, cession de droits dans « toute société à laquelle les époux où l'un d'eux pourraient être intéressés au décès du prémourant », ainsi qu'au cas de vente du fonds de commerce avant libération du survivant, les sommes dues deviendraient « immédiatement et de plein droit exigibles ».

33. Si l'on considère maintenant le mode d'exercice de l'option, on fait à ce sujet les constatations suivantes :

Tout d'abord que le délai accordé au survivant pour faire connaître son intention, varie avec les contrats.

Les uns prennent pour base le décès :

« dans les 3 mois qui suivront le décès », énoncent notre formule-type et celles citées par M. VIGNANCOUR ;

« dans les 3 mois et quarante jours du décès », stipule la formule rapportée par M. MAUX.

D'autres font courir le délai de la clôture de l'inventaire :

« 3 mois après », à la suite d'AMIAUD ;

ou « 40 jours après », comme le propose DEFRENOIS.

D'autres, enfin, exigent une sommation des représentants du prédécédé, et demandent au conjoint de se décider « dans le mois de la mise en demeure faite par les héritiers ».

Nous n'avons pas actuellement à prendre parti pour l'une ou l'autre de ces rédactions qui peuvent être appréciées différemment suivant l'interpréta-

tion qu'on propose de la clause, et renvoyons à la note 2, sous le n° 211 ci-après.

34. La deuxième constatation que nous sommes amenés à faire, concerne les suites du départ d'option dans les délais sus-indiqués.

Notre clause type prononce, qu'en ce cas, le conjoint survivant « sera réputé avoir opté pour la conservation dudit établissement et de ses accessoires ».

C'est également en ce sens qu'étaient établies les clauses soumises à la juridiction des Cours de Rouen (15 décembre 1922, n° 1 ci-dessus) et d'Amiens (27 juin 1928, n° 10 ci-dessus).

D'autres formules se prononcent, au contraire, très nettement pour la présomption de renonciation.

DEFRÉNOIS impose l'option dans le délai « à peine de déchéance ».

La formule rapportée par M. MAUX est non moins catégorique : « Pour profiter de la faculté, qui lui est ainsi réservée, l'époux survivant devra faire connaître sa décision dans les 3 mois et quarante jours... »

Il en est de même pour une formule que nous avons en notre possession, stipulant que faute par le survivant « d'avoir fait cette option, il sera censé avoir renoncé au bénéfice de ladite faculté ».

Enfin, d'autres contrats, s'inspirant de la rédaction proposée par le formulaire AMIAUD sont bien moins nets : Ils portent que « le survivant sera tenu de déclarer..., s'il entend user des droits qui viennent de lui être réservés » ; mais ne stipulent pas expressément la déchéance au cas contraire.

Nous examinerons d'ailleurs plus tard (note 4, sous le n° 241) quelle rédaction il nous semble

personnellement plus convenable d'adopter à cet égard.

35. Nombre de contrats disposent, en outre, que les effets de l'option remontent « au jour du décès du premier mourant » et il y en a peu qui omettent de déclarer (ceci pour le fonds de communauté) que la future épouse aura le droit d'exercer l'option, même en renonçant à la communauté.

On trouve également quelquefois une stipulation empêchant tantôt les héritiers du prédécédé, tantôt le conjoint survivant non optant, « de s'intéresser directement ou indirectement dans aucun établissement semblable » à celui que la clause pourrait concerner, dans un rayon et pendant une durée déterminable à dire d'experts.

Telle est la rédaction habituelle de la clause s'appliquant à un fonds de commerce proprement dit ou à des droits sociaux.

Nous allons consacrer un deuxième paragraphe aux particularités pouvant concerner la rédaction de la clause, quand elle s'applique à une exploitation agricole.

CHAPITRE II

CLAUDE DE CONSERVATION D'EXPLOITATION AGRICOLE

36. Quand les futurs époux ou l'un d'eux, au lieu d'être commerçant au moment du mariage ou susceptible de le devenir, dirigent une exploitation agricole, ou sont présomptifs héritiers de cultivateurs, le rédacteur du contrat modifie en conséquence la clause que nous venons d'analyser.

[35] (1) V. notam. à ce suj. clause citée par M. CAPITANT, extr. *Rev. crit.* 1927, *préc.*, p. 8, note 1 et DUPUIS : thèse *préc.*, p. 108.

Suivant les cas, il se borne à ajouter au mot « établissement » le terme « agricole », à préciser l'assiette « du droit de conservation (« mobilier de ferme, instruments aratoires, chevaux, bestiaux, grains, etc... ») et à comprendre en outre dans la promesse de bail au profit du survivant « les immeubles faisant l'objet de l'exploitation agricole ».

37. Par contre, dans le cas où les futurs époux ne possèdent pas personnellement de terres cultivées, mais peuvent être amenés à en prendre à ferme, le notaire préférera utiliser la formule spéciale que rapportent le traité de DEFRENOIS (form. 1267, p. 90) et le Formulaire des Actes des notaires (form. 251, p. 133).

Elle confère au survivant un droit de « conservation » portant sur le droit au bail, à charge d'en exécuter les conditions et sur les éléments de l'exploitation, propriété personnelle du fermier, à charge d'en payer la valeur aux héritiers d'après la prisée de l'inventaire ou l'estimation de deux experts qui seront choisis à l'amiable ou désignés par le Président du Tribunal du domicile des époux.

Il convient de remarquer, à cet égard, que généralement la formule prévoit, dans des termes qui peuvent paraître ne pas convenir pour l'exploitation propre, « que le survivant n'aura rien à payer pour le *droit au bail*, qui lui appartiendra exclusivement à *titre de convention de mariage* ».

Et le surplus de la disposition (1) (fournisse-

[37] (1) Nous devons signaler, en outre, cette stipulation que « les récoltes non encore coupées seront comprises dans l'estimation pour les frais de labours, engrais et ensemencements, auxquels on ajoutera le prorata du fermage représentatif de cette récolte, couru du jour de la prise de possession annuelle à celui de la dissolution du mariage ».

ment des droits des héritiers, délai d'option, faculté pour l'épouse survivante d'exercer le droit à elle concédé même en renonçant à la communauté) est libellé de la même manière que pour la clause de conservation du fonds de commerce proprement dit (2).

(2) Voy. aussi PLANIOL, RIPERT et NAST, *op. cit.*, p.. 297, n° 894, et la note 3, qui reproduit la formule du traité d'AMIAUD *préc.* t. 1, p. 793.

TITRE II

Dans les actes de libéralités

38. Alors que notre clause est, peut-on dire, de style dans les contrats de mariage, elle est beaucoup moins employée dans les libéralités entre époux au cours du mariage et les testaments.

Cela tient au fait que, si les époux, dans leur contrat de mariage, cherchent à prévoir les événements qui pourraient survenir au cours de la communauté (par exemple, l'acquisition possible d'un fonds de commerce), dans leurs actes de dernières volontés, ils prétendent plutôt régler le sort de leurs biens tels qu'ils sont existants, ne stipulant guère notre clause que si, réellement, ils sont alors commerçants.

La rédaction de la clause y est la même que dans les contrats de mariage (1).

Habituellement, c'est à l'occasion de la donation ou du legs de l'universalité des biens du stipulant, qu'elle est alors édictée. Certaines formules, celle du traité d'Amiaud, par exemple, la lient, en ce cas, directement avec la disposition précédente, stipulant que, si la réduction de la donation ou du legs qui vient d'être faite, est demandée et, à condi-

[38] (1) Voy. DEFRENOIS : *traité prat. et formul. gén. du not.*, tome II, 10^e éd. 1919, formule 828, p. 422. — AMIAUD : *traité formul. gén. alphabét. et raisonné du not.*, tome II, 6^e éd. 1914, formule 18, p. 95. — FRANCK DEYZAC : *J. du N.*, 10 janv. 1924, p. 25, formules 1-2 et 3.

tion de manifester son intention dans le délai prescrit, « le donataire (ou légataire) aura le droit de faire porter le bénéfice de ladite donation dudit legs sur le fonds de commerce appartenant au donateur, testateur ou sur les droits de celui-ci dans le fonds de commerce qui dépendrait de la communauté, avec tous accessoires, par imputation sur la quotité disponible à lui léguée ».

Somme toute, au simple point de vue rédaction, il ne semble pas que le praticien fasse une différence entre la clause comprise dans un acte de libéralité et celle énoncée dans un contrat de mariage. Nous aurons à nous demander plus tard (n° 224 ci-dessous) si une distinction entre ces deux situations, serait justifiée.

TITRE III

Dans les pactes sociaux

39. Aux termes de l'article 1865 du Code civil, la société prend fin « par la mort naturelle de quelqu'un des associés ».

Cette disposition formant le droit commun (1), régit toutes sociétés où la considération de la personne est prédominante, le législateur n'ayant pas jugé bon d'édicter de règles particulières, à cet égard. Elle s'applique donc, à la fois, aux sociétés civiles et aux sociétés commerciales en nom, telles : la société en nom collectif, celle en commandite simple. Il n'y a d'exception que pour la société à responsabilité limitée ; l'article 36 de la loi du 7 mars 1925, la faisant échapper à cette cause de dissolution.

Cependant, comme la disposition de l'article 1865 n'est pas une règle d'ordre public, les parties sont libres d'y déroger (2).

40. Elles conviennent par exemple très souvent, ce que d'ailleurs prévoit expressément l'article 1868, qu'au cas de décès de l'un des associés, « la

[39] (1) V. art. 1873, *c. civ.* et 18, *c. com.* — BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis d. D. civ.*, t. II, 13 éd. 1925, n° 1048, p. 476.

(2) BAUDRY-LACANTINERIE : *Op. cit.*, n° 1081, p. 492.

société continuerait avec son héritier », ou bien « seulement entre les associés survivants (1).

41. D'autre part, il arrive que, s'inspirant à tort ou à raison (2) du même article du Code civil, elles stipulent que « si l'associé décédé ne laissait pas d'enfants légitimes, les associés survivants auraient à toute époque, la faculté de *racheter* les droits sociaux de l'associé décédé, à la seule condition de prévenir les ayants droits » dans un certain délai (clause du pacte social dans arrêt précité n° 16, Paris 5 décembre 1929).

42. Certaines clauses, laissant s'opérer la dissolution de la société par le décès de l'un d'eux, permettent au survivant des associés, de conserver tout l'actif social à charge par lui de faire connaître son intention aux héritiers et représentants de l'associé décédé dans le délai fixé au pacte social ; il doit en outre « tenir compte aux héritiers, des droits de leur auteur, tels qu'ils seront fixés par le dernier inventaire, sans qu'ils puissent rien prétendre pour les affaires postérieures » (1).

43. Enfin, très fréquemment aussi, nous trouvons insérée au pacte social, la clause de conser-

[40] (1) AMIAUD : *Traité formul. préc.*, 6^e éd., t. IV, 1919, v° sociétés civiles, p. 626, form. 3, art. 7 ; v° sociétés commerciales ordin., p. 640, form. 1, art. 12. — *Formul. annoté des Actes des notaires préc.*, p. 385, form. 872. — FOIRET : *Droits de conserver ou de racheter les parts sociales*, J. N., 20 mars 1928, supplém. formules p. 23, n°s 1-2-3.

[42] (1) Voy. notes préc. CAPITANT, D. 1931-2-4. — GÉNY, S. 1930-2-57.

[42] (1) Voy. AMIAUD, *Op. cit.*, p. 639, form. 1. — MAGUET, *Op. cit.*, p. 399, form. 13.

vation des droits du prémourant au profit du conjoint survivant (1).

Certains praticiens, voulant éviter toutes contestations, pour le cas où le contrat de mariage (2) préexistant ne contiendrait pas lui-même la clause, énoncent que « la société sera dissoute de plein droit par le décès de l'un des associés avant le terme fixé pour sa durée ».

Mais ils ajoutent que « la veuve de l'associé décédé, si son contrat de mariage le lui permet, aura la faculté de demander pour son compte personnel la continuation de la société, en tenant compte aux héritiers du mari, du montant de leurs droits tels qu'ils résulteront du dernier inventaire commercial ».

44. D'autres adoptent la rédaction suivante, qui fut celle soumise à la Cour de Paris, dans son arrêt précité du 21 février 1930 (n° 17 ci-dessus) :

« Au cas de décès de l'un des associés au cours de la société, son conjoint survivant aura la faculté d'opter pour la continuation de la société ou pour sa dissolution, à charge par lui de notifier son intention à cet égard aux associés » dans le délai fixé.

A ceci on ajoute, pour préciser les droits des héritiers que : « au cas où ledit survivant opterait pour la continuation de la société, les héritiers du prédécédé ne seraient pas personnellement associés » et qu'ils « n'auraient qu'un droit de créance contre ledit conjoint survivant ».

[43] (1) CLERC, 5^e éd., *préc.*, p. 552, form. 1, art. 5 et p. 553, form. 2, art. 16, 17 et 18. — *Form. annoté des Actes des notaires*, loc. cit. — FOIRET : *Op. cit.*, p. 26, form. n° 6.

(2) Voy. AMIAUD : *Op. cit.*, p. 622, n° 55 et la note.

45. Nous pouvons dégager des formules qui précédent, concernant les droits sociaux du conjoint prédécédé, que leur rédaction ne diffère pas sensiblement de celle des clauses de conservation dans les contrats de mariage.

Nous verrons sous les n^{os} 228 et suivants comment, à notre sens, on doit les analyser.

LIVRE II

L'acte d'option

46. Il nous paraît d'un grand intérêt, d'examiner maintenant dans quels termes le survivant se prononce pour la conservation du fonds de commerce (1).

Très généralement, l'option est exercée dans l'inventaire à la suite de l'estimation, faite par experts, des éléments incorporels ou s'il y a lieu de la totalité du fonds (voir n° 26 ci-dessus).

La formule habituelle en est la suivante :

« Et, à l'instant, M... usant de la faculté, qui lui est réservée par l'article... du contrat de mariage susénoncé, a déclaré opter pour la conservation, pour son compte personnel, du fonds de commerce dont s'agit, de la clientèle, de l'achalandage, du matériel servant à son exploitation, des marchandises le garnissant, du droit au bail des lieux où il est exploité, pour le montant de l'estimation qui est ci-dessus faite du tout et, moyennant encore le remboursement des loyers payés d'avance sur la dernière période du bail, le tout aux conditions stipulées au contrat de mariage ».

[46] (1) Voy. notam. CLERC, 5^e éd. *préc.* p. 596, form. n° 2. — LANSSEL : *Encyclopédie du not. et ent.* 10 1882 v° *Inventaire* p. 603, form. 2. — DEFRÉNOIS : *traité prat. et formul. gén. du not. préc.* t. 3, 10^e éd. 1919, form. 1325, p. 397 et 398. — *Formul. annoté des Actes des not. op. cit.* form. 583, p. 238. — MAGUET : *op. cit.* form. 177, p. 217. — *J. N.*, 5 sept. et 5 oct. 1931 (suppl. ens. prof.).

47. Mais rien n'empêche l'option d'être réalisée par acte séparé.

Dans ce cas, le notaire rédacteur rappelle brièvement la clause, telle qu'elle est énoncée dans le contrat de mariage, puis le fait du décès, les qualités des héritiers et l'estimation faite par les experts, du fonds de commerce.

Il termine comme suit :

« Ces faits exposés, M... (époux survivant) déclare que, suivant la stipulation de son contrat de mariage ci-dessus énoncé, il conserve pour son compte, le fonds de commerce de..... qu'il a continué d'exploiter, ensemble les marchandises prisées en l'inventaire, et ce moyennant la somme de....., montant de l'estimation en l'inventaire, laquelle somme, lors de la liquidation, s'imputera sur ses droits en pleine propriété et en usufruit dans les communauté et succession.

M... (héritier, ou tuteur de l'héritier mineur) déclare accepter l'option que vient de faire M... ».

Et, s'il y a lieu, par ce même acte, les héritiers du prédécédé accordent au conjoint survivant, le bail promis au contrat de mariage (voir n° 30 ci-dessus).

48. L'acte d'option se présente donc, aussi bien dans toutes les espèces qu'il nous a été donné d'examiner, que dans les formules prévues par les traités les plus usités du notariat, comme un acte unilatéral, contenant simple déclaration des intentions du survivant des époux aux représentants de son conjoint.

Cette constatation nous sera, croyons-nous, très utile, pour déterminer quelle est la base juridique de notre clause (voy. n° 211 ci-dessous).

DEUXIÈME PARTIE

Valeur morale et utilité pratique de la clause

49. Les considérations d'utilité ou de justice ne doivent nullement nous influencer dans notre recherche de la nature juridique de la clause.

Il convient cependant que nous examinions si, du point de vue purement pratique, on a des raisons solides de la conserver.

Bien entendu, nous envisagerons seulement ici le cas où le fonds de commerce est propre au prédécédé, laissant de côté celui où notre clause s'appliquerait à des biens communs (1).

50. Du point de vue de la *justice*, on estime généralement (1) que la clause ne saurait aller contre les intérêts du conjoint ou ceux des héritiers.

Il est tout d'abord équitable de laisser au *survivant* des époux le bénéfice d'un fonds que son travail a contribué à développer.

[49] (1) Voy. à ce sujet et en particulier pour le cas de renonciation par la femme à la communauté : NAST, *Rép. gén. prat. du not.*, 28 févr. 1929, art. 21.939, n° 3.

[50] (1) NAST : *Rev. crit.* 1924, préc. p. 535. — DEFRÉNOIS : *Rép. gén. prat. du not.*, 15 juil. 1921, art. 19.793. — GÉNY : *sem. jur.*, 7 juin 1928, p. 698, al. 1, col. 1.

Certains adversaires de la clause (2) il est vrai, ne manquent pas d'objecter que cette proposition n'est pas toujours exacte : ils ne visent là, pouvons-nous affirmer, que quelques cas isolés.

La plupart du temps, en effet, le mari est propriétaire du fonds. La femme, en qui le Code de commerce ne veut voir, alors, qu'une préposée du mari, cherche, par un travail de tous les instants à accroître l'importance de l'exploitation sans considérer que le fonds n'est pas son propre.

Evidemment, elle en profitera en tant que commune en biens, par un accroissement de fruits qui viendra, de ce fait, enrichir la communauté ; mais la plus-value des éléments incorporels, susceptible de s'élever considérablement, ne lui apportera matériellement aucun bénéfice.

De ce fait, la stipulation de la clause de conservation lui permettra de profiter d'avantages réels par la continuation d'exploitation d'un fonds dont elle connaît de longue date les ressources et auquel elle est naturellement attachée.

Le même raisonnement s'impose, d'ailleurs, quand la femme est propriétaire d'un établissement commercial ou autre, au moment du mariage, ou bien, en a recueilli le bénéfice depuis ce moment. Car le mari, même sous le régime de la séparation de biens, n'est pas sans prodiguer ses conseils, ou même assumer une gestion de fait, contribuant de la sorte, pour une part plus ou moins grande, à la bonne marche des affaires.

(2) JULLIOT DE LA MORANDIÈRE : *Jurisclass. civ.*, art. 1.130 cité par M. CAPITANT. *D.* 1931-2-3, c. 2. — MOREAU : *sem. jur.*, 11 avril 1929, p. 446, col. 1.

51. D'un autre côté, on peut affirmer que la clause, par elle-même, ne lèse pas les *héritiers* : elle leur assure presque toujours la contrepartie du fonds devant faire l'objet de l'option, d'après un mode de fixation (expertise) qui, en principe, ne saurait leur préjudicier

Il est vrai qu'en pratique (1), quand le survivant est admis à l'option, le fonds de commerce est souvent estimé au-dessous de sa valeur réelle ; mais il y a là une mauvaise application de notre clause, basée sur l'exagération de cette idée que le conjoint ayant coopéré à l'accroissement de valeur du fonds doit en retirer un certain bénéfice.

52. Si nous examinons maintenant le point de vue de *l'utilité* de notre clause, nous constatons en premier lieu qu'une telle disposition empêchera, si le conjoint le désire, « que le fonds ne devienne la propriété d'héritiers indifférents ou cupides qui s'empresseraient de le vendre » (1). C'est une satisfaction morale pour le *de cujus*.

On nous répondra (2) que les héritiers sont loin d'être toujours indifférents ou cupides et que le conjoint survivant, par un remariage, peut arriver à faire passer, contrairement à l'intention du disposant, le fonds dans une autre famille.

En tous cas, la clause réalisera pour le *de cujus*, presque une assurance que le fonds ne passera pas à des étrangers (3).

[51] (1) Voy. FRANCK-DEYZAC : *J. du N.*, 25 févr. 1930, p. 109.

[52] (1) NAST : *Rép. gén. prat. not.*, 28 févr. 1929, art. 21.939, al. 10, p. 108.

(2) JULLIOT DE LA MORANDIÈRE : *loc. cit.* — MOREAU : *loc. cit.*

(3) GÉNY : *loc. cit.*

D'ailleurs nous aurons à examiner (ci-dessous n° 210) si cette idée développée et précisée ne pourrait contribuer à l'éclaircissement de la nature juridique de la clause.

53. Son utilité est non moins grande pour les héritiers.

S'ils sont *mineurs*, M. JULLIOT, lui-même, (*loc. cit.*) reconnaît que notre clause alors réalise un moyen d'éviter la vente du fonds. D'autant que l'adjudication s'accompagnerait alors des formalités coûteuses que la loi prescrit pour la protection des incapables (1).

54. S'ils sont *majeurs*, on assure ainsi une gestion ininterrompue du fonds (1), avantage inestimable, surtout pour ce qui concerne la période comprise entre le décès et la vente. Il faut considérer en effet, que si le fonds reste dans l'indivision, personne ne se souciera d'en assumer la direction, le produit de cette activité devant se répartir entre tous les héritiers. Et l'on sait combien l'égoïsme a l'occasion de régner dans les affaires de succession !

55. A ceci, MM. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE et MOREAU (*loc. cit.*) font une objection assez grave ; Ils remarquent, très justement, que les héritiers *peuvent* être beaucoup plus aptes que le conjoint à gérer le fonds.

Mais, ne croit-on pas que les inconvénients résultant de l'indivision et d'une vente précipitée à un moment peut-être défavorable, ne soient pas plus

[53] (1) DUPUIS : thèse préc., p. 10. — BESNARD : *R. du N.*, 15 août 1923, I, p. 195.

[54] (1) DUPUIS : *op. cit.*, p. 9.

considérables ; d'autant que le conjoint, exerçant l'option, de par sa qualité de socius, sera, la plupart du temps, la personne la mieux qualifiée pour conserver l'exploitation.

56. Cette conservation apparait en outre comme le moyen le meilleur de satisfaire les intérêts des *enfants mineurs nés du mariage* (1) : leurs moyens d'existence ne sont-ils pas les mêmes que celui de leur père ou mère survivant ?

57. Mais la personne qui, sans contredit, retire de la clause l'avantage le plus sérieux est l'époux survivant.

Du point de vue *moral*, il ne fait pas de doute que le conjoint qui a participé à l'exploitation du fonds, s'est attaché à l'objet de ses préoccupations et peut avoir un grand désir de continuer son développement (2).

58. Du point de vue purement *matériel*, il est certain que par sa connaissance de la clientèle, des ressources et de la direction du fonds, ainsi que par les risques qu'il aurait à assumer s'il lui fallait changer d'exploitation (1), il y a, pour lui, avantage évident à conserver le fonds.

D'autre part « il acquiert, moyennant la valeur estimative, ce qui le met à l'abri des surprises des

[56] (1) *Voy. Arg. Trib.*, Seine, jugt préc., n° 6, du 4 juil. 1924. — F. et G. ROULOIS : *Rev. mnémot.*, 15 oct. 1929, p. 131.

[57] (1) NAST : *loc. cit.*

[58] (1) *Voy. Cours de Rouen*, 28 oct. 1930, préc., n° 21.

enchères » (2), somme toute, l'exploitation qui a fait vivre les deux époux continuera de la sorte, à assurer l'existence du survivant (3).

Il pourra évidemment se présenter des cas où la femme survivante a son existence assurée en dehors de la possession du fonds (4), mais nous ne croyons pas que ce fait d'exception enlève de son intérêt à la clause.

59. En résumé, nous croyons avec M. GÉNY (1) la validité de la clause « fort désirable parce qu'elle permet et assure la continuation d'une exploitation de famille au profit d'une personne qui paraît le mieux la mériter ».

Elle est d'ailleurs, comme l'a fait remarquer le jugement précité (n° 9) du Tribunal de Saint-Quentin, conforme « à l'institution du mariage, en associant les efforts des époux pour la prospérité d'une entreprise que continuera le survivant ». Et les cas très rares où son application peut être malheureuse, ou simplement moins utile (incapacité, défaut de collaboration ou convol en secondes noces du conjoint, moyens d'existence suffisants) ne nous semblent pas devoir, du *simple point de vue pratique*, en condamner l'application.

Nous pouvons ajouter que l'autorité morale de la magistrature comme celle du notariat est quel-

(2) VIGNANCOUR : thèse préc., p. 94, n° 107.

(3) Jugt préc., *Trib.*, Seine, 4 juil. 1924. — CAPITANT : *D.*, 1923-2-1, col. 1, et *Rev. crit. extra. préc.*, p. 11, art. 3. — NAST : *loc. cit.* — GÉNY : *loc. cit.* — ROULOIS : *loc. cit.*

(4) JULLIOT DE LA MORANDIÈRE : *loc. cit.* — MOREAU : *loc. cit.*

[59] (1) *S.*, 1930-2-57, col. 1, al. 1^{re}.

que peu intéressée au maintien de la validité de la clause, puisque « pendant plus d'un siècle » les Tribunaux ont homologué « sans aucune protestation », « les liquidations où des mineurs étaient intéressés et où les notaires avaient tenu compte de cette clause pour établir les droits respectifs des parties » (2).

(2) Jugements préc. *Trib. St-Quentin*, 13 janv. 1927, et *Seine*, 4 juil. 1924. Voy. aussi FAUVEL : *J. N.*, 20 oct. 1922, p. 655. — AMIAUD : *J. du N.*, 25 janv. 1925, p. 50 ; DEYZAC : 20 avril 1925, p. 271, et ROULOIS : *op. cit.* p. 133.

TROISIÈME PARTIE

Fondement juridique de notre clause

LIVRE I

Dans les contrats de mariage

60. La doctrine, la jurisprudence et la pratique, sont actuellement d'accord pour reconnaître un même fondement juridique, à la clause de conservation, quand elle s'applique à un fonds commun.

On la considère comme une « convention de mariage et entre associés », valable en vertu des articles 1387, 1516 et 1525, alinéa 2 du Code civil (1).

[60] (1) Voy. notam. : *Cass. civ.*, 7 avril 1856 ; *D. P.*, 56-1-207 ; *S.*, 56-1-538, et 21 mars 1859 ; *S.*, 60-1-812. — Paris, 9 juil. 1885. — *D. P.*, 86-2-261 et 16 mai 1876. — *S.*, 1876-2-173. — Seine, 14 avril 1891. — *Rép. gén. prat. du not.*, art. 6.565. — Lille, 27 déc. 1900. — *D. P.*, 1901-5-268, et *Rép. gé. prat. not.*, art. 12.084. — *Cass. Req.*, 24 mars 1903. — *S.*, 1904-1-137. — *D. P.*, 1904-1-33 et note PLANIOL, et *Rép. gén. prat. not.*, art. 13.141. — Seine, 14 mai 1906. *S.*, 1909-2-262. — Lyon, 7 juil. 1922, préc., n° 4. — Paris, 11 déc. 1924, préc., n° 8. — *Cass. civ.* 16 déc. 1925, préc., n° 9 avec notes préc. au *D. P.* et au *S.* de MM. CAPITANT et VIALLETON. — Amiens, 14 févr. 1929, préc., n° 12. — Paris, 14 janv. 1931, préc., n° 22. — *Trib. Gand*, 13 févr. 1907 ; *Rev. prat. not. belge*, 1908, p. 459. — *Trib. Bruges*, 29 juin 1907 ; *ib.*, 1907, p. 625. — PLANIOL, RIPERT et NAST : *Traité pratique de Droit civil français* ; t. 8, 1925, p. 46, n° 35 et note 2 ; t. 9, 1927, p. 284 à 297, n°s 887 à 894. — GUILLOUARD : *Traité du contrat de mariage*, t. 3, n° 1.624. —

Il n'y a guère de controverses qu'en ce qui concerne la faculté de prélèvement réservée à la femme au contrat de mariage, même si elle renonce à la communauté. Nous aurons à nous demander d'ailleurs (n^{os} 63 et suivants) si, dans ce cas, le prélèvement s'exerce toujours à titre de convention de mariage ou change de nature comme s'appliquant à des biens devenus propres au mari.

61. Les opinions par contre divergent considérablement, quand il s'agit de qualifier la clause s'appliquant à un fonds propre.

Nous les étudierons dans trois titres :

TISSIER : note préc. au S., 1906-4-33. — CAPITANT : *Rev. crit.*, extr. préc., p. 14, n^o 6 et s., et note préc., D., 1923-2-1 et 1927-1-5, 1929-2-105. — GÉNY : *Sem. jur.*, 7 juin 1928, p. 698, col. 1, et note au S., 1928-2-33, col. 1. — NAST : *Rev. crit.*, 1924, préc., p. 535 et 536 ; 1925, préc., p. 257. — *Rép. gén. prat. du not.*, 28 févr. 1929, art. 21.939, préc., al. 4, et la note, et al. 8. — D. H., 1929, p. 37. — SAVATIER : *Rép. gén. prat. du not.*, 15 avril 1929, art. 21.997, préc., al. 3. — VAN DE VORST : *J. du N.*, 10 juil. 1930, p. 438. — DEGAUD : thèse préc., chap. 2, p. 162. — BASSET : thèse préc., n^{os} 154 à 156, p. 236 et s. — BÉHIN : thèse préc., n^{os} 58 à 60. — VIGNANCOUR : thèse préc., n^o 84, p. 71. — MAUX : thèse préc., n^o 6, p. 212. — DUPUIS : thèse préc., p. 17. — MORIN : thèse préc., p. 67. — MACUÉRO, TASSAIN et MOLAS : *Traité alphabétique des Droits d'Enregistrement de timbre et d'hypothèque*, 3^e éd. 1929 ; t. 2, v^o *fonds de commerce*, art. 126. — CENDRIER : *Le fonds de commerce*, traité général théorique et pratique, éd. 1925, p. 299, n^o 485 ; et éd. 1930, p. 480, n^o 672. — DEFRÉNOIS : *Traité pratique*, préc., t. 3, 1919, p. 88, n^o 6.146 ; *Traité et formulaire des liquidations et part.* t. 2, 6^e éd. 1921, n^o 4.546 et s., q. 102 ; et étude dans *Rép. gén. prat. du not.*, 15 juil. 1921, art. 19.795. — *Dict. du not.*, 5^e éd., contrat de mariage, n^o 14. — *Encyclopédie not.*, v^o communauté conjugale, n^o 788. — *Paudectes franç.*, Mariage, n^o 8.280. — *Rép. Droit franç.*, communauté conjugale, 2.780 et s. — AMIAUD : *Traité alphabétique* préc., 6^e éd., t. 1^{er}, 1914, v^o *cat. de mariage*, n^o 184. — MACUET : *Traité formulaire* préc., t. 1^{er}, 1925, n^o 911, 3^e, p. 432. — Et notes des revues notariales sous les jugements qui viennent d'être énoncés.

Le premier en sera consacré à l'examen de la clause, quand elle est stipulée « à titre entièrement gratuit ». Le second traitera de la clause stipulée « à titre partiellement gratuit ». Et dans notre dernier titre, nous étudierons les différentes théories qui sont proposées pour asseoir la base juridique de la disposition, au cas où le survivant doit tenir compte aux héritiers de la valeur entière du fonds.

TITRE I

La clause est « à titre entièrement gratuit »

62. Nous avons vu (n° 27) que très souvent le contrat de mariage attribue à l'époux survivant le fonds de commerce, moyennant compte d'une partie seulement de sa valeur ; c'est soit l'achalandage, soit le droit au bail que le conjoint conserve « à titre gratuit », soit même parfois tous les éléments du fonds.

Comment pourrions-nous, en ce dernier cas, qualifier juridiquement notre clause ?

CHAPITRE PREMIER

THÉORIE DE LA CONVENTION DE MARIAGE

63. Remarquons d'abord que l'opinion générale n'admet pas ici, l'idée de « convention de mariage et entre associés »

En effet, la disposition dont s'agit, bien que prévue au contrat de mariage, ne se présente pas, du point de vue où nous l'envisageons, comme une « clause de régime », mais bien comme une opération préalable et distincte des opérations de liquidation proprement dite (1).

[63] (1) GÉNY : *sem. jur., préc.*, p. 698, col. 2.

Elle ne s'exerce pas sur les biens communs : or il ne saurait y avoir convention entre associés « que pour les biens mis en société ou en indivision, c'est-à-dire pour les biens qui doivent à la dissolution se partager » (2).

D'ailleurs, fait remarquer M. CAPITANT (3) « tous les articles du Code qui traitent de ces conventions (art. 1515 à 1525) supposent qu'il s'agit de biens communs ».

On a donné cependant, en faveur de l'idée de convention de mariage, un argument d'un grand poids qu'il nous faut étudier tout spécialement.

64. M. VIGNANCOUR, dans sa thèse précitée (1) nous montre que la loi, elle-même, vient autoriser la femme qui renonce à exercer le préciput prévu au contrat. Ce n'est pourtant pas alors « une convention entre associés, puisque la femme a renoncé à la communauté, et c'est bien une convention portant sur un bien propre, puisque tous les biens de communauté appartiennent au mari ».

On ne saurait affirmer, ajoute-t-il, que la femme recueille alors « l'objet du préciput comme bien commun et à titre de copartageante », car l'article 1492 enlève à la femme qui renonce toute espèce de droits sur les biens de la communauté. MM. BAUDRY-LACANTINERIE, LECOURTOIS et SURVILLE (2) ne reconnaissent-ils pas que l'épouse, rétroactive-

(2) CAPITANT : *Rev. crit. extr. préc.*, p. 41, n° 32 ; voy. aussi D., 1923-2-2, col. 1.

(3) *Rev. crit. loc. cit.* Voy. aussi NAST : *Rép. gén. prat. not.*, 28 févr. 1929, art. 21.939, al. 12 et *Rev. crit.* 1924. — DEGAUD : thèse préc., n° 183. — MAUX : thèse préc., p. 244, n° 9.

[64] (1) p. 89, n° 102.

(2) t. 2, 3^e éd. 1906, n° 1.242.

ment, aussi bien à l'égard des tiers que de son mari « est censée n'avoir jamais été commune en biens » ?

Dès lors, pense M. VIGNANCOUR, malgré qu'il y ait convention de mariage formellement prévue comme telle par le Code civil, la femme ne recueille *pas* l'« objet du préciput comme un *bien commun*, ni en *qualité d'associée*, puisque la communauté est réputée n'avoir jamais existé ».

Et il conclut que « la faculté de prélever le fonds propre attribué à l'époux survivant doit être déclarée valable comme constituant une convention de mariage ».

Que penser de cette opinion ?

65. Il est généralement admis qu'au cas où la faculté de « conservation de fonds de commerce » de communauté est stipulée à titre purement gratuit, l'époux qui opère le prélèvement agit comme ayant une sorte de préciput (voyez n° 60 et note 1 sous n° 60 ci-dessus).

La définition du préciput n'est-elle pas, d'après POTHIER (1), que suit presque à la lettre l'article 1515 du Code civil, « ce que l'un des époux a le droit de prélever sur les biens de la communauté, lors du partage qui en est à faire ».

Il s'agit, ici, de prendre avant tout partage (*praecipere*) le fonds de commerce pouvant dépendre de la communauté.

66. Or, le Code civil prévoit deux espèces de préciputs conventionnels : celui normal que nous venons de définir et celui que le contrat de mariage stipule au profit de la femme même renonçant à la communauté.

[65] (1) *Traité de la communauté*, n° 422.

Les auteurs reconnaissent que, dans ce dernier mode d'exercice (fréquemment prévu dans les clauses de fonds de commerce, voy. n° 35), le préciput de la femme « se transforme » (1) au point qu'il « ne mérite plus son nom » (2), car « l'intention révélée par cette clause a été d'assurer le prélèvement dans tous les cas » (3).

Il convient donc de se demander si, en ce cas, nous nous trouvons toujours devant une convention de mariage, ou s'il y a lieu de faire appel à une autre notion juridique.

67. Deux théories principales se proposent de donner une solution :

La première soutient que le préciput cessant d'être une convention de mariage, devient une donation (1).

Elle se prévaut d'un arrêt de la Chambre civile du 12 juin 1872 (2), rendu en matière fiscale, qui déclare alors la femme passible du droit de donation, faisant observer que « la société est limitée aux biens communs, et ne saurait, sans perdre ce caractère, s'étendre aux biens propres ».

[66] (1) BAUDRY-LACANTINIERE : *Précis de Droit civ.*, t. 3, 13^e éd. 1927, n° 338, p. 196.

(2) PLANIOL et RIPERT : *Traité élém. de droit civ.*, t. 3, 10^e éd. 1927, n° 1304, p. 223.

(3) COLIN et CAPITANT : *Cours élém. de droit civ. fr.*, t. 3, 4^e éd. 1925, p. 219.

[67] (1) TROPLONG : III, 2124. — DEGAUD : *op. cit.*, p. 159. — MACUET : *op. cit.*, n° 948. — *Instruction Enregistrement*, n° 1256, al. 4. — DUBLINEAU : *Traité d'Enregistrement*, n° 1366.

(2) *D. P.*, 72-1-327. — *S.*, 72-1-308 ; et CAPITANT : *Rev. crit. extr. préc.*, n° 9, p. 17.

68. MM. AUBRY et RAU, PLANIOL et RIPERT et Capitant (1) s'élèvent contre une telle interprétation.

« Nous ne comprenons pas, écrivent MM. AUBRY et RAU, que la renonciation de la femme puisse avoir pour effet de transformer en donation une clause que l'éminent magistrat (il s'agit ici de M. TROPLONG) considère lui-même comme ne formant en cas d'acceptation qu'une simple convention matrimoniale ».

Cette première objection considérée comme d'un grand poids par MM. CAPITANT et BAUDRY-LACANTINERIE (2) paraît un peu spécieuse à MM. PLANIOL et RIPERT. Pour les savants auteurs, il ne semblerait nullement « étrange que la nature du préciput varie suivant les partis pris par la femme, puisque les avantages matrimoniaux changent de caractère quand il existe des enfants d'un précédent lit ». (*loc. cit.*)

69. Mais une autre objection, qui possède, elle, une valeur indéniable est présentée par MM. AUBRY et RAU.

« Toute donation, énoncent-ils, suppose *l'animus donandi*. Or ce n'est pas, en général, à titre de libéralité que la femme stipule et que le mari consent à la clause dont s'agit : le préciput que la femme se réserve d'exercer, même en renonçant, ne cons-

[68] (1) AUBRY et RAU : *Cours de Droit civil français*, t. 8 (M. BARTIN) 5^e éd. 1916, al. 529, p. 378, note 5. — PLANIOL et RIPERT : *Traité pratique de Droit civil français*, t. 9 (M. NAST) *Rég. matrim.*, 2^e partie. éd. 1927, p. 373, n^o 967. — CAPITANT : *loc. cit.*

(2) BAUDRY-LACANTINERIE, LECOURTOIS et SURVILLE : *Traité théorique et pratique de Droit civil ; Du contrat de mariage*, 3^e éd. 1906, t. 2, p. 900.

titue d'ordinaire pour elle, qu'un moyen de se soustraire aux embarras d'une liquidation de communauté ou de se garantir contre les suites d'une mauvaise administration du mari » (*loc. cit.*).

MM. PLANIOL et RIPERT considèrent cet argument comme très fondé (*loc. cit.*).

70. Ils invoquent en outre ce fait que l'article 1516 ne distingue aucunement entre les deux catégories de préciput conventionnel prévues à l'article 1515.

M. CAPITANT, développant ce point de vue, nous fait remarquer, que si l'article 1516 proclame en effet, sans distinguer, que le préciput est une convention de mariage, il y a lieu de s'appuyer aussi sur l'article 1527, 3^e alinéa « qui ne fait échec à cette règle, que pour le cas où il y a des enfants d'un précédent mariage » (*loc. cit.*).

71. Cette dernière objection à la thèse de la donation, constitue également le principal argument des partisans très nombreux de la seconde théorie, dans son application à la clause commerciale.

On y considère que la nature de la clause n'est pas changée par le fait qu'elle est prévue et exercée au cas de renonciation par la femme à la communauté.

72. M. NAST, dans ses dernières dissertations (1), considère que le prélèvement opéré par la femme renonçante est effectué d'abord à titre de *propriété*.

[72] (1) *Répert. gén. prat. not.*, 28 févr. 1929, art. 21.939, al. 9.

taire (2). C'est en effet « le contrat de mariage lui-même qui attribue à la femme le fonds de commerce. Et il suffit que celle-ci déclare vouloir conserver le fonds, pour qu'à dater de la dissolution, elle en devienne propriétaire (arg. art. 1138), de même qu'elle devient propriétaire des linges et hardes à son usage (art. 1492, al. 2) ». « L'option de la femme empêche le fonds d'entrer dans la succession du mari » (*loc. cit.*).

Ce prélèvement est en outre effectué, pour M. NAST, « en vertu d'une convention entre associés ». « Aucun contrat n'intervient entre les héritiers du mari et la femme renonçante » et, « malgré la renonciation de la femme, le fonds de commerce n'en a pas moins été un fonds de communauté ».

73. M. VIALLETON (1), qui sera d'un avis nettement opposé pour le prélèvement « à titre onéreux », doit remarquer qu'il s'agit ici d'une « formule de partage » opérant « dès le décès du mari prémourant une scission dans la masse commune, faisant sortir de cette masse les éléments sur lesquels elle porte pour les soustraire à l'emprise nécessaire de la renonciation de la femme et les rendre justiciables d'une option spéciale et indépendante ».

74. Cette même idée est admise par M. CAPITANT (1). Le savant professeur croit que le préciput

(2) Il s'agit en effet, ici, d'une individualité nettement déterminée. La situation serait toute autre, au cas de préciput de choses non individualisées ou de sommes d'argent, la femme agissant alors comme créancière. Voy. CAPITANT : *Rev. crit. extr. préc.*, p. 17 *in fine*, et COLIN et CAPITANT : *op. cit.*, p. 219. — BAUDRY-LACANTINERIE : *précis susén.*, p. 196, n° 338.

[73] (1) S., 1926-1-169, sous *Cass. civ.*, 16 déc. 1925.

[74] (1) *Loc. cit.*, et n° 40, p. 52.

stipulé au profit de la femme même renonçante, lui assure « dans tous les cas, un droit sur une certaine portion des valeurs communes, portion qui se trouvera ainsi réservée et *n'entrera point dans la succession du mari* ».

75. M. GÉNY (1) considère, par contre que le raisonnement qui précède est difficile à concilier avec les effets de la renonciation de la femme, par la vertu de laquelle « la communauté se trouve indissolublement fondue dans la succession du mari » et il cite à l'appui de son opinion M. NAST (2) qui soutenait alors, en effet, que « la femme renonçante peut conserver le fonds de commerce commun, bien que, par l'effet de la renonciation, il soit devenu un propre du mari », et M. VIALLETON, dont l'opinion ne diffère de celle de M. CAPITANT, qu'au sujet de la clause de prélèvement de fonds commun contre indemnité.

76. M. MOREAU (1) ne peut « concevoir, que la femme tienne un droit quelconque du pacte entre associés quand elle renonce à l'association, de telle sorte que celle-ci soit réputée n'avoir jamais existé ».

A ceci, il nous semble logique de répondre que la rétroactivité ne saurait empêcher le pacte social qui, en fait, a bien existé, de produire tels effets que les associés ont jugé convenable qu'il portât, aux cas visés par eux, en conformité avec les lois.

C'est, en effet, ce pacte social qui a réservé la faculté de prélèvement au cas de renonciation. Il

[75] (1) *Sem. jur., préc.*, p. 704, al. 13, col. 2.

(2) *Rev. crit.*, 1924, p. 538.

[76] (1) *Sem. jur.*, 11 avril 1929, p. 447, col. 1 *in fine*.

paraît normal, en conséquence, d'affirmer que « l'intention d'assurer le prélèvement dans tous les cas » (2) prend sa source dans une convention entre associés et tend à empêcher, dès lors, le bien « à conserver » d'entrer, au cas de survie de la femme, dans un patrimoine autre que le sien.

Nous pouvons, à l'appui de cette idée, nous prévaloir avec MM. AUBRY et RAU (*loc. cit.*) de l'article 1492 qui permet à la femme renonçante de retirer « les linges et hardes à son usage ».

Et, en plus de cette disposition qui ne paraît pas négligeable, bien que « dictée par un motif d'humanité » (3), citer le premier alinéa de l'article 1514 qui accorde à la femme, au cas de renonciation, si elle l'a stipulée, la reprise de tout ou partie de son apport.

77. Voici donc précisée, croyons-nous, la nature juridique de la faculté de prélèvement du fonds commun réservée à titre gratuit à la femme renonçante.

C'est, avons-nous pu dire, même en ce cas, une convention de mariage et entre associé.

Devons-nous en conclure avec M. VIGNANCOUR (n° 64 ci-dessus) qu'il en est de même au cas de faculté de prélèvement d'un fonds propre « à titre gratuit ».

Nous ne le pensons pas.

Nous avons pu établir en effet que la femme renonçante reprend le bien à *titre de bien commun*, réservé tout spécialement pour le cas de renoncia-

(2) COLIN et CAPITANT : *op. cit.*, p. 219.

(3) MOREAU : *loc. cit.*

tion, à la femme survivante, par le contrat de mariage.

Dès lors, il paraît complètement impossible d'inférer de cette situation où il y a convention entre associés et biens communs, à celle où l'on traite de biens nettement propres à l'autre époux.

CHAPITRE II

THÉORIE DE LA DONATION ENTRE ÉPOUX

78. Il nous faut rechercher si l'idée de donation entre époux ne donnerait pas une interprétation satisfaisante de notre clause, pour le cas envisagé de fonds propre attribué « à titre purement gratuit ».

Dans son article 1091, le Code civil énonce que « les époux pourront par contrat de mariage se faire réciproquement ou l'un des deux à l'autre telle donation qu'ils jugeront à propos », sauf les modifications résultant des articles suivants.

Or, il est bien évident, et tout le monde est d'accord sur ce point, que la clause de conservation du fonds de commerce sans contrepartie constitue une libéralité.

L'*animus donandi* n'est pas douteuse, elle résulte du contexte (1) ; on confère au survivant « faculté de garder, de conserver » (voy. n° 25 ci-dessus).

Quant à l'enrichissement du donataire, il ressort clairement de l'absence de contrepartie.

Et l'appauvrissement du donateur, qu'il s'agisse de lui-même ou de ses héritiers, paraît certain (2).

[78] (1) Voy. BÉHIN : thèse préc., p. 159, n° 138.
(2) CAPITANT : *Rev. crit. extr. préc.*, p. 42, n° 34.

Somme toute, il y a bien ici tous les éléments de la donation (3).

Mais les libéralités peuvent, dans notre droit, revêtir différentes formes et concerner plusieurs sortes d'objets. Aussi, devons-nous examiner dans quelle catégorie peut rentrer notre clause.

79. Nous allons d'abord examiner (article I) la théorie soutenue dans sa thèse précitée par M. DUPUIS. On y étend à la clause à titre gratuit l'idée de *donation de la faculté de reprise*, soutenue par divers juristes (n^{os} 177 et suiv. ci-après), au cas de conservation à titre onéreux.

Puis dans l'article II, nous nous demanderons s'il peut s'agir d'une donation entre vifs faite sous condition suspensive de la survie du donataire.

Enfin (article III) nous examinerons la théorie communément admise de l'institution contractuelle.

ARTICLE I

DONATION DE LA FACULTÉ DE REPRISE

80. M. DUPUIS (1) considère que l'époux survivant, par la clause de fonds de commerce, « n'est pas de plein droit propriétaire du fonds », puisqu'il faut qu'il fasse connaître son intention. D'où, nous dit-il, « il ne lui a pas été donné le fonds lui-même, mais seulement un droit sur ce fonds ».

De ce fait « le fonds ne sera pas pris directement par le conjoint survivant sur la masse successorale, comme cela aurait lieu, s'il s'agissait d'une insti-

(3) Voy. BAUDRY-LACANTINERIE : *op. cit.*, tome 3, p. 464. n^o 854. — PLANIOL et RIPERT : *op. cit.*, tome 3, p. 641, n^o 2501. — COLIN et CAPITANT : *op. cit.*, p. 628. — HÉMARD : *Précis élém. de droit civil*, tome 3, 1930, p. 472, n^{os} 3229 et 3230.

[80] (1) Thèse préc., p. 70 et s.

tution contractuelle, mais, il lui est remis par les héritiers tenus d'exécuter la charge qui leur a été imposée ».

Et il décompose le fonctionnement de la clause en deux actes : L'un se passant entre futurs époux et où le propriétaire du fonds confère la faculté de prélèvement à son futur conjoint.

L'autre entre le survivant et les héritiers du prédécédé, qui lui « remettent le fonds sous les conditions indiquées par la clause et comme charge à eux imposée par leur auteur ».

M. DUPUIS, considérant ces deux actes, en détruira plusieurs conséquences, dont l'une peut paraître singulière, à savoir que le fonds lui-même ne faisant pas l'objet de la donation, le propriétaire, sans déroger à l'article 1083 pourra en disposer à titre gratuit.

81. Nous est-il possible d'admettre l'analyse proposée par M. DUPUIS ?

Il est évident que, d'un bout à l'autre de la clause, nous avons pu remarquer (n^{os} 25 et 29 ci-dessus) que l'un des époux confère à l'autre un « droit », une faculté », mais le tout est de savoir de quelle nature est ce droit.

Si l'époux survivant avait la faculté « d'exiger des héritiers qu'ils lui transfèrent la propriété », on se trouverait en présence d'une dation de droit de créance, mais nous observons qu'ici, la faculté porte sur le fait de « conserver », de « garder ».

Reconnaissons-le, ces termes, s'ils conviennent pour l'attribution d'un fonds commun, sont tout au moins impropres, quand il s'agit d'un fonds appartenant au prémourant ; par contre, il semble

logique d'en déduire qu'ils entendent conférer en ce cas un droit absolu, opposable à tous.

Et de plus peut-on trouver quelque part dans la clause, telle qu'on la rédige habituellement, une stipulation obligeant le *de cujus* ou ses héritiers au « fait positif de transférer la propriété.

Or, c'est là ce qui différencie principalement le droit réel *jus in re*, du droit de créance *jus ad rem obtinendam*.

82. Le contraste est d'ailleurs frappant entre la clause toute entière visant la transmission du fonds et la partie de cette clause, qui accorde promesse de bail au survivant sur les immeubles de communauté et de succession (voyez n° 30 ci-dessus et 93 ci-dessous).

Là, nous nous trouvons véritablement devant un « droit relatif » existant contre une ou plusieurs personnes « limitativement déterminées » (« les héritiers seront tenus, si le survivant l'exige », dit la clause).

Là il y a obligation à fait positif (« ils seront tenus de passer bail »). Et, dans ce cas, il est impossible, dès lors, d'y reconnaître autre chose qu'un droit de créance.

83. Pour constater d'autre part le bien fondé de nos allégations, plaçons-nous maintenant à la réalisation de l'option et à celle de la promesse de bail

[81] (1) PLANIOL : *op. cit.*, tome 1, 1925, n° 2163 p. 686.
— BAUDRY-LACANTINERIE : *op. cit.*, tome 1, 1926, n°s 1266 et 1267, p. 602. — HÉMARD : *op. cit.*, tome 1, 1928, p. 102, n°s 226 et s.

L'option, nous l'avons vu (n° 47 ci-dessus), produit ici son effet par une simple déclaration de volonté. C'est d'ailleurs la suite normale de cette stipulation du contrat que le survivant devrait « faire connaître sa décision » (voyez n° 34 ci-dessus).

Le survivant « déclare opter pour la conservation », « déclare qu'il conserve » : n'y a-t-il pas là le type même de l'acte déclaratif. Remarquons en outre que cette déclaration est faite la plupart du temps dans un acte purement conservatoire (1), l'inventaire.

Par contre, examinons la réalisation de la promesse de bail. Elle est faite, avons-nous observé (n° 47), ou bien par acte séparé, ou bien dans l'acte contenant l'option, à condition que ce ne soit pas l'inventaire : Les héritiers y comparaissent pour opérer *en exécution* de la promesse cette « vente de jouissance » dont parlait POTHIER (2).

Et le « fait positif » va se trouver réalisé.

84. Il nous semble impossible, pour notre part, après l'analyse que nous venons d'en faire, d'adopter la thèse de M. DUPUIS, qui supposerait un « acte de transfert du fonds par les héritiers au survivant » (1), acte qui ne correspond nullement, avons-établi, avec les dispositions de la clause et avec la nature de « l'acte d'option » tel qu'il est réalisé dans la pratique.

Nous devons donc rechercher quel genre de donation, portant sur un droit réel, peut réaliser notre clause.

[83] (1) *Cass*, 1^{er} août 1809 : *D. P.*, 9-1-390.

(2) *Contrat de louage*, n° 4.

[84] (1) DUPUIS : *op. cit.*, p. 72.

ARTICLE II

DONATION DE BIENS PRÉSENTS

SOUS CONDITION SUSPENSIVE

85. S'il n'existe pas de fonds au moment du mariage, on ne peut douter qu'on ne se trouve devant une donation de biens à venir.

Mais, ne pourrait-on pas, quand l'un des époux apporte en mariage un établissement de commerce et insère dans son contrat la clause commerciale, reconnaître dans cette disposition une donation entre vifs de biens présents sous conditions suspensive de survie du donataire ?

Tout d'abord, empressons-nous de remarquer, que l'article 1092 du Code civil ne va pas à l'encontre d'une telle interprétation. Il énonce que toute donation entre vifs de biens présents faite entre époux par contrat de mariage ne sera point censée faite sous la condition de survie du donataire, si cette condition n'est formellement exprimée » : or, la clause est bien nette, s'agissant du « survivant des époux ».

86. Il y a lieu cependant de considérer que si elle constitue une donation entre vifs sous condition, les effets de notre disposition vont être tout autres que ceux qu'on lui reconnaît habituellement : la rétroactivité de la condition s'appliquant, la femme sera censée propriétaire du jour de la donation(1).

[86] (1) Article 1179, *c. civ.* — BAUDRY-LACANTINIERE : *op. cit.*, t. 2, 1925, p. 104, n° 231. — PLANIOL et RIPERT : *op. cit.*, tome 1, 1925, p. 124, n° 321. — HÉMARD : *op. cit.*, t. 2, 1929, p. 227, n°s 1629 s.

En conséquence, le mari ne pourra plus disposer, dès le contrat de mariage, même à titre onéreux, du fonds de commerce donné, l'aliénation devant être considérée comme non avenue au cas de son prédécès, et ce fonds ne pourra être saisi par les créanciers de la succession (2). D'autre part, il n'y aura pas caducité de la donation, au cas de prédécès de la femme et le fonds donné fera partie de sa succession (3).

87. Quel critérium nous permettra de reconnaître si nous devons adopter ou répudier ici l'idée de donation de biens présents pour le cas de survie ?

La Cour de Bordeaux, dans un arrêt du 21 février 1851 (1) rendu en matière de donation réciproque pour le cas de survie, d'une somme d'argent *par un conjoint à son conjoint*, a vu, dans la disposition à elle soumise, une véritable institution contractuelle. Ce qui l'a conduit à cette interprétation, c'est la recherche de l'*intention* du donateur. La Cour conclut des termes employés (« donation de somme à prendre sur les plus clairs deniers laissés par le prédécédé ») que, ces mots « n'emportaient pas désaisissement actuel, qu'ils offraient les caractères d'une donation à cause de mort, d'un legs irrévocable, en ce sens que le mari ne pouvait y préjudicier par des dispositions à titre gratuit, mais qu'ils ne formaient pas obstacle à ce qu'il disposât sans fraude de ses biens à titre onéreux ».

(2) *Arg. Amiens*, 9 mars 1911, *Gaz. Pal.*, 14-15 mai 1911.

(3) *Voy. COLIN et CAPITANT : op. cit.*, t. 3, *préc.*, p. 831.

[87] (1) *D.* 54-2-150 rapporté par M. MAUX dans sa thèse *préc.*, p. 283.

88. La Cour de Toulouse (1) et la Cour de Metz (2), en pareille matière, se sont prononcées pour la thèse de la donation entre vifs sous condition de survie.

L'arrêt de Metz, pas plus d'ailleurs que celui de Toulouse, ne semble faire appel à l'intention des conjoints, considérant que les donations contractuelles entre époux « saisissent dès l'instant de leur expression légale les donataires, malgré qu'ils puissent ne devoir en jouir qu'à une époque casuelle et déterminée ».

89. Or il semble que *l'intention* soit ici le critérium le plus sûr et le plus généralement admis (1). C'est ce qui était déjà établi pour ce qui concerne la donation de somme d'argent à un tiers payable au décès du donateur. La Cour de Cassation, en cette matière, dans un arrêt rendu par la Chambre civile le 18 novembre 1861 (2), a décidé qu'une telle donation peut être, suivant les circonstances, « soit une donation à cause de mort..., soit une donation entre vifs, si le donateur a entendu s'obliger actuellement et irrévocablement, constituer une créance contre lui dont l'exigibilité seulement serait reportée après son décès ».

[88] (1) 24 mai 1855, *D. P.* 56-2-104 et MAUX *loc. cit.*

(2) 22 mai 1817, *Rép. DALL.*, t. XVI, mot « disposition entre vifs et testamentaires », p. 670, n° 2310, noté 1 et MAUX *loc. cit.*

[89] (1) COLIN et CAPITANT *op. cit.*, p. 830.

(2) *D. P.* 61-1-485 et *S.* 62-1-33. Voy. également *Cass. Req.*, 28 février 1865. — *D. P.* 65-1-221, 165-1-124, Caen, 5 mars 1879, s. 80-2-68 ; Lyon, 22 février 1893. — *D. P.* 94-2-490 ; *Trib.* Brignolles, 8 février 1899. *D.* 1901. *F.* 36.

Et la doctrine abonde en ce sens (3).

90. Nous ne pouvons qu'appliquer, ici, ce critérium dont nous considérerons toute l'importance à l'analyse de la clause « à titre onéreux » (n° 145 et s. ci-après). Evidemment, c'est une recherche d'ordre essentiellement subjectif, qui doit dépendre des « faits de la cause ».

Cependant ne peut-on pas affirmer, sauf naturellement aux Tribunaux à rechercher dans les espèces qui leur sont soumises, si les parties n'étaient pas de volonté contraire, qu'en général, l'intention du donateur ne saurait être de donner effet rétroactif, remontant au jour du contrat, au droit de propriété du donataire pour le cas de survie : cette rétroactivité restreindrait en effet au maximum le droit de disposition du stipulant (cf. n° 86 ci-dessus).

Les termes même de la clause favorisent une telle interprétation : il semble bien en effet que, puisqu'on parle d'un droit de « conservation » l'intention des parties soit assez explicite, malgré l'impropriété du terme. On doit considérer, croyons-nous, que, se plaçant au moment du décès, elles ont entendu faire continuer, mais sans rétroactivité aucune, par le survivant, le fonds exploité par le prédécédé.

Cela résulte, en outre, du fait que, loin de viser expressément le fonds apporté « tel qu'il existe,

(3) AUBRY et RAU : *Cours de droit civil français préc.* tom. 10, 5^e éd., al. 675, p. 680. — BAUDRY-LACANTINERIE et COLIN *op. cit.* t. 1, n° 1442 et s. — PLANIOL et RIPERT t. 3, n° 2603, p. 684. — COLIN et CAPITANT *op. cit.*, p. 786. — NAST : thèse Paris 1905 : *Etude sur la prohibition des pactes sur succession future*, p. 189 et s. — Voy. aussi BAUDRY-LACANTINERIE *op. cit.*, t. 3, n° 1033, p. 559.

se comporte et réserve », ou envisage en notre disposition le fonds existant au décès du premier mourant (1).

91 Concluons de ce qui précède, qu'il n'y a, en principe, pas de distinction à faire entre le cas où le fonds compris implicitement dans la disposition, existait au moment du mariage et celui où il est échu au cours dudit mariage.

De l'intention bien nette des parties, il résulte, en effet, que les époux entendent viser le fonds qui pourrait exister au moment du premier décès de l'un d'eux.

ARTICLE III

INSTITUTION CONTRACTUELLE

92. La clause de conservation « à titre gratuit » réalise, sans conteste, une institution contractuelle.

En effet, n'est-elle pas une « disposition faite par contrat de mariage et qui, quoique ayant pour objet tout ou partie des biens devant composer l'hérédité de l'instituant, est cependant irrévocable, en ce sens que ce dernier ne peut, si ce n'est dans des limites très étroites, y porter atteinte par d'ultérieures dispositions « à titre gratuit » (1).

[90] (1) Il y aurait d'ailleurs lieu, au cas où la donation ne participerait qu'à la nature de libéralité entre vifs, de satisfaire à l'exigence de l'état estimatif prévu par l'article 948. Cette formalité est en effet nécessaire, à peine de nullité, pour toute donation de ce genre, faite par acte, contenant des effets mobiliers, et s'applique même aux donations de meubles incorporels (BAUDRY-LACANTINERIE, t. 3, préc., n° 1019, p. 553). Or les contrats de mariage ne portent pas trace d'un pareil état.

[92] (1) AUBRY et RAU, t. 11 préc., al. 739, p. 650.

Nous sommes bien ici en présence d'une disposition par contrat de mariage et le fonds, en faisant l'objet, est, nous venons de le voir, un bien devant composer l'hérédité du disposant.

D'autre part, les termes employés importent peu (2), puisque le caractère constitutif d'une pareille disposition ressort nettement « de l'objet et du contexte de la disposition » (*loc. cit.*).

Nous aurons plus loin à approfondir la nature de l'institution contractuelle (n^{os} 200 et suiv.). Il nous suffit actuellement de constater, et la presque totalité des juristes est d'accord sur ce point (3), que l'attribution au conjoint survivant, « à titre entièrement gratuit », du fonds de commerce propre au prédécédé, réalise une institution contractuelle, dont la validité ne saurait être contestée.

(2) *Ibid.*, même alinéa, p. 652.

(3) PLANIOL, RIPERT et NAST, t. 8 préc., p. 46, n^o 35, note 2. — CAPITANT : *Rev. crit. extr. préc.*, p. 43, n^o 34, *D.*, 1923-2, p. 2. *D.*, 1929-2, p. 105, col. 2. — GÉNY : *Sem. jur. préc.*, p. 698. — NAST : *Rép. gén. prat. not.*, 28 févr. 1929, art. 21.999, préc., al. 4. — DEFRÉNOIS, *ibid.*, 15 juil. 1921, art. 19.795, préc. — MAUX : thèse préc., p. 227. — MORIN : thèse préc., p. 92.

APPENDICE

Nature de la promesse de bail contenue dans la clause

93. La disposition de notre clause prévoyant promesse de bail des immeubles de succession nécessaires à l'exploitation du fonds (1), réalise, ainsi que nous l'avons déterminé plus haut (n° 82), une véritable dation de droit de créance d'une obligation de faire (2), tendant à obtenir des héritiers du prémourant, la conclusion du contrat de bail.

[93] (1) Voy. n°s 30 et 36 ci-dessus. — Nous n'avons pas à étudier la nature de la promesse de bail des locaux de succession nécessaires à l'habitation du survivant, que contient habituellement notre clause.

Indiquons qu'elle est une extension des dispositions de l'article 1465, C. civ., non interdite par les art. 1387 et suiv. du même code.

Dans l'ancien droit, on la trouvait fréquemment stipulée dans les contrats de mariage où on l'insérait à l'occasion des douaires prefix et coutumier.

La *Science parfaite des notaires*, de Claude DE FERRIÈRE (éd. 1699) dont nous devons communication à l'obligeance de M^e Schwed, notaire à Troyes, énonce à cet égard (p. 106) : « Entre les personnes de qualité, outre le douaire, on a coutume d'accorder à la veuve le droit d'habitation dans une des maisons du défunt époux, avec la jouissance des jardins et préclôtures, pour en jouir pendant sa viduité » (Dans le même sens : *Coutumes du baillage de Troyes en Champagne*, par Pierre PITHOU, éd. 1630, p. 245).

(2) PLANIOL, RIPERT et ESMEIN : *Traité pratique de droit civil français*, t. 6, éd. 1930, p. 195, n° 150 et s. — DEMOGNE : *Traité des obligations*, t. 2, éd. 1923, p. 74, n°s 507 et s. comp. AUBRY et RAU : *Cours de droit civil fr.*, t. 5, 5^e éd. 1907, al. 349, p. 7.

A prendre la disposition en elle-même, elle semble constituer une promesse pour autrui, un engagement que l'on entend faire prendre directement à ses héritiers, de passer, sur les biens de succession, bail nécessaire au survivant.

Or, « on ne peut stipuler ou promettre pour ses héritiers, sans stipuler ou promettre en même temps pour soi-même » (3).

En effet, en cas de promesse directe pour les héritiers, l'obligation naîtrait, en leur personne, au lieu de leur être transmise par le défunt ; et du fait qu'aucun lien n'existerait entre eux et le défunt à cet égard, les héritiers devraient être considérés comme des tiers à qui s'appliqueraient les dispositions de l'article 1119 du Code civil (4).

94. Y aurait-il donc nullité pour cette partie de notre clause ?

Nous ne le croyons pas pour la raison suivante :

Le défunt a assumé une obligation bien précise, en transférant gratuitement la propriété de l'établissement à son conjoint, à savoir, d'en effectuer la délivrance (1).

Or, cette obligation a pour objet le fonds tout entier, y compris le droit au bail que l'on a pu définir « un élément très important du fonds, dont

(3) *Ibid.*, t. 4, 5^e éd. 1902, al. 346, p. 566.

(4) *Ibid.*, p. 567, note 8 *bis*. — BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, t. 1, préc., p. 276 et s., n° 219.

[94] (1) BAUDRY-LACANTINERIE, t. 3, préc., p. 556, n° 1028, 1^o. — COLIN et CAPITANT, t. 3, préc., p. 797. — PLANIOL et RIPERT, t. 3, préc., n° 2.580. — HÉMARD, t. 3 préc., p. 522, n° 3.322.

la prospérité dépend souvent de la position qu'il occupe » (2).

Il n'y a donc pas ici de promesse pour autrui, mais simple détermination des charges incombant aux héritiers, continuateurs de la personne du défunt, comme suite aux obligations assumées par le conjoint prédécédé (3).

(2) DALLOZ : *Rép. prat. lég. et jur.*, éd. 1914, t. 6. *Rép. Fonds de commerce*, n° 8 bis. — Voy. aussi THALLER : *Traité élém. de droit commercial*, 8^e éd. 1931, p. 72, n° 85 bis.

(3) Rappelons que la Cour d'Amiens, après avoir, dans un premier arrêt (27 juin 1928) conclu à la nullité de la promesse de bail des lieux « soit de communauté, soit propres aux époux », où s'exploite un établissement agricole parce qu'« une telle situation avantagerait la veuve survivante, au détriment des autres héritiers » (voy n° 10 ci-dessus), n'a pas hésité, dans un deuxième arrêt (14 févr. 1929) à valider pleinement la promesse de bail des locaux tant propres que communs, nécessaires à l'exploitation agricole de communauté (et à l'habitation du prédécédé), mais sans justifier autrement son opinion (voy. n° 11).

La Cour de Paris, dans son arrêt du 14 janvier 1931, considère comme valable la promesse de bail « accessoire indivisible » d'une exploitation agricole de communauté, même si elle porte sur des immeubles de succession (voy. n° 21).

Et la Cour de Douai (arrêt du 28 janv. 1931) ne peut voir un pacte successoral dans la promesse de bail sur immeuble propre conférée par la clause, puisque le *de cujus*, par ce fait, a voulu « avant tout permettre » à son conjoint « l'exploitation du fonds de commerce commun, en lui assurant un droit au bail, qui en constituait un des éléments essentiels » (voy. n° 22).

TITRE II

CLAUDE « A TITRE PARTIELLEMENT GRATUIT »

95. La clause de conservation peut conférer, à titre gratuit, tel ou tel des éléments du fonds, à l'époux survivant, mais lui imposer la charge de tenir compte du surplus aux héritiers du prédécédé.

Le plus souvent, c'est le droit au bail des locaux commerciaux qui est accordé à titre purement gratuit ou bien l'achalandage (voy. n° 29).

Est-ce que par suite de ces modifications apportées à la gratuité de la disposition, la nature juridique de notre clause se trouve changée ?

96. On reconnaît généralement (1) que le fait de ne pas obliger le conjoint à tenir compte aux héritiers du prédécédé d'un des éléments de l'exploitation, fut-il d'importance minime, n'enlève pas le caractère de gratuité de la clause, qui se trouve alors, admet-on, répondre à la notion d'institution contractuelle avec charge (2).

[96] (1) PLANIOL, RIPPET et NAST — CAPITANT — SAVATIER — DEFRENOIS — MAUX — MORIN : *loc. cit.* — GÉNY : *op. cit.*, p. 705, col. 2. — NAST : *loc. cit. et Rev. crit.*, 1924, préc., p. 538 et *D. H.*, 1929, p. 38.

(2) Il y a d'ailleurs lieu de remarquer que les éléments incorporels dont on gratifie habituellement l'époux survivant sont la partie essentielle sans laquelle le fonds ne saurait exister et que, juridiquement, quelle que puisse être leur valeur vénale, les autres éléments ne sont que l'accèssoire de la clientèle et de l'achalandage (voy. VIGNANCOUR : *Op. cit.*, p. 9, et *Civ.*, 17 juin 1918, *D.*, 1922-1-128).

C'est l'idée de « libéralité avec charges » qu'ont admis deux jugements du Tribunal de la Seine des 4 juillet 1924 et 28 mars 1930 (voy. n^{os} 5 et 18).

97. Le premier de ces jugements, dans ses motifs, étudie longuement la notion de pacte sur succession future ; mais surtout, il recherche si les conditions particulières insérées au contrat de mariage, ne font pas de la clause une libéralité.

Après avoir constaté que « le contrat de mariage... stipule formellement que la clientèle ne sera point estimée et que le surplus sera payé à dire d'experts », il conclut qu'« un des éléments essentiels du fonds » étant attribué gratuitement au survivant, « la convention présentait donc le caractère d'une libéralité avec charge, la charge consistant dans le remboursement de la valeur des éléments du fonds, à l'exception de l'achalandage ».

Elle « s'analyse donc comme une donation valable par application des articles 1091 et suivants du Code civil ».

98. Le second jugement, se fondant sur la commune intention des parties, recherche si l'achalandage, dont l'époux survivant avait à tenir compte, comprenait, en l'espèce, tous les éléments incorporels du fonds de commerce (nom commercial, enseigne, droit au bail)

Le Tribunal conclut de son examen que, les époux « ayant entendu ne pas imposer au bénéficiaire de la clause, le paiement à la succession de la valeur du droit au bail », « il résulte tant des circonstances de fait que des documents versés aux débats, que la commune intention des parties a été de stipuler au contrat, des clauses revêtant le caractère de donation de biens à venir avec charge ».

99. Il est évident qu'on peut, sans aucun « contre sens juridique », associer l'idée de charge à celle de libéralité. Peu importe que « la charge soit uniquement relative à l'emploi ou à la destination que devront recevoir les objets donnés, ou qu'elle consiste dans une prestation (plus ou moins définie dans l'acte de disposition), dont l'accomplissement est imposé à la personne gratifiée » (1).

Mais ce fait peut paraître plus discutable, s'agissant du genre spécial de libéralités que réalise l'institution contractuelle (voyez n^{os} 203 et s.)

Bornons-nous à constater que le *modus* consistera ici à « tenir compte » aux héritiers du prédécédé, d'abord par imputation, sur les droits du conjoint dans la succession, ensuite par versement direct de « la portion leur appartenant dans la valeur », des éléments qui ne sont pas concédés gratuitement au survivant.

Nous discuterons la nature de cette charge, dans nos développements concernant la clause dite « à titre onéreux », ne faisant, pour notre part, comme nous l'exposerons par la suite (n^{os} 213 et suiv.) aucune différence, à ce point de vue, entre ces deux sortes de clauses.

[99] (1) AUBRY et RAU : *op. cit.*, tome 11, 5^e éd. 1919, al. 701, p. 305.

TITRE III

LE SURVIVANT DOIT « TENIR COMPTE » AUX HÉRITIERS DE LA VALEUR TOTALE DE L'EXPLOITATION

100. Nous abordons dans cette section le point central de la controverse : Il s'agit d'étudier la nature de la clause quand l'époux survivant doit tenir compte aux héritiers du prédécédé de la valeur totale du fonds.

Nous voudrions d'abord faire remarquer, avec M. le doyen GÉNY (1), que nous sommes ici « en présence d'une question extrêmement délicate de *qualification juridique*, question de même nature que le problème des « qualifications » dont notre éminent professeur de Droit international privé, M. BARTIN, a fait valoir toute l'importance dans un autre domaine.

M. CAPITANT (2) croit qu'une telle recherche est « trop délicate et trop arbitraire pour conduire à la solution de notre problème ».

Il nous semble cependant que l'intention des parties et le but de la clause, à qui M. CAPITANT lui-même, ne dénie pas un rôle souverain quand il s'agit d'interpréter la clause, à titre purement ou partiel-d'interpréter la clause à titre purement ou partiellement gratuit (3) doivent, pour une grande part, nous fournir le moyen de trouver cette qualification.

[100] (1) S. 1330-2-60, col. 2 et 3.

(2) D. 1931-2-3, col. 1 *in fine*.

(3) Rev. crit. Extrait préc., n° 34, p. 42 *inf.*

Non pas que nous nous refusions à « rester sur le terrain des textes, le seul qui soit solide » (4) ; mais il nous semble nécessaire auparavant d'user du procédé de division des matières juridiques préconisé par l'école de Savigny, dont la méthode *a posteriori*, n'est pas sans avantages (5).

Connaissant la loi qui convient à chaque matière, eu égard à sa qualification, nous aurons à rechercher dans quel domaine il nous faut classer la disposition que nous étudions.

Et nous effectuerons cette recherche d'après les règles édictées par le Code civil dans ses articles 1156 et suivants, envisageant le but de la clause, la volonté des parties et l'équité (6).

101. Nous examinerons, dans un premier chapitre, si la clause ressortit du domaine des « conventions de mariage ». Puis (chapitre II), si elle réalise un « contrat à titre onéreux ».

Enfin, dans le dernier chapitre nous chercherons si sa place ne serait pas indiquée dans le droit des successions.

(4) CAPITANT : note au DALLOZ, *préc. loc. cit.*

(5) Comp. VALÉRY, p. 501. — BARTIN : *Cours de Droit international privé*, 3^e année de licence, 1928-29. — LEREBOURS-PIGEONNIÈRE : *Précis de Droit international privé*, éd. 1928, p. 209, n° 236.

(6) HÉNARD, 2^e pré. n° 1294, p. 95. — BAUDRY-LACANTINERIE, tome 2 *préc.*, n° 194, p. 87 et 88. — PLANIOL et RIPERT, tome 2 *préc.*, n° 1181, p. 419.

CHAPITRE PREMIER

LA CLAUSE EST-ELLE

UNE « CONVENTION DE MARIAGE ET ENTRE ASSOCIÉS ? »

102. Quand on compulse les traités du notariat dans leurs éditions antérieures à la naissance de la controverse, on est immédiatement frappé que, dans leurs propositions de la clause, ils ne fassent aucune distinction entre le cas où le fonds est commun et celui où il est propre au prédécédé, s'en tenant à l'idée de « convention de mariage ».

Et si l'on considère les notes insérées dans les revues notariales sous les premiers jugement et arrêt de Rouen, on constate que les arguments alors opposés par les praticiens à la thèse de la nullité, se précisent comme suit (1) ;

Le législateur envisage avec une faveur particulière les pactes matrimoniaux, reconnaissant pour bonnes des clauses qui seraient tenues pour nulles dans d'autres actes, parce qu'elles constituent une condition du contrat de mariage.

[102] (1) DEFRENOIS : *Rép. gén. prat. du not.*, 7 juillet 1921, art. 19.795 et 15 juin 1923, art. 20.319. — AMIAUD : *J. du N.* 1921, p. 136 et 25 juillet 1923, p. 310. — FAUVEL : *J. N.*, 20 octobre 1922, art. 33.254 et 20 août 1923, art. 33.556, qui se ralliera plus tard aux idées de M. NAST (*J. N.*, 20 juin 1929, art. 35.919). — BESNARD : *R. du N.*, 15 août 1923, I, p. 191. — Voy. contra DICHAMP : *Rev. nouv. not. et procéd. préc.*, qui se prononce pour l'idée de libéralité avec charge.

A cet égard, les clauses du contrat de mariage doivent être respectées, si elles ne changent pas l'ordre légal des successions ; la clause de conservation d'un fonds propre ne modifie aucunement cet ordre et la dévolution s'effectue suivant les prescriptions de la loi, puisqu'il n'y a alors que substitution d'une somme en espèces à un bien successoral.

Elle ne déroge pas non plus aux droits résultant de la puissance maritale ou paternelle, puisque s'appliquant au sort des biens. Enfin, elle ne saurait être contraire aux bonnes mœurs.

De ceci les praticiens concluaient : On ne peut contester notre clause, même si elle réalise un contrat à titre onéreux, puisqu'elle constitue une convention de mariage.

103. Pouvons-nous accepter cette idée ?

Nous avons, dans l'analyse de la thèse de M. VIGNANCOUR (n° 64 et suivants), observé que la clause « à titre gratuit » ne pouvait réaliser une « convention de mariage », *stricto sensu*, attendu qu'elle portait sur un bien propre, et que pour effectuer le prélèvement, l'époux survivant n'avait pas à invoquer sa qualité d'associé.

Ce raisonnement vaut pour la clause à titre onéreux ce qui n'empêche que notre disposition doit être envisagée comme convention passée à l'occasion du mariage visée de ce fait par les articles 1387 et suivants du Code civil, qui ont pour but de favoriser les mariages en facilitant toutes conventions qui l'accompagnent (1).

[103] (1) POTHIER : *Communauté Introd.*, n° 1. — BERLIER : *Rapport au Conseil d'Etat* (FENET, tome 13, p. 651). — PLANIOL et RIPERT : *Traité élém. de Droit civil*, tome 3,

104. Il n'y a donc pas, dans notre clause, une convention de mariage, dans le sens étroit du mot, mais une convention par contrat de mariage, ce qui est tout différent.

Or il est bien évident qu'une telle convention, si elle participe aux faveurs de la loi, parce qu'elle est contenue dans le pacte de famille que le législateur a toujours envisagé d'un œil favorable, a cependant, par elle-même une vie indépendante.

Nous devons donc chercher sa nature propre, sans oublier que l'article 1389 nous rappelle que la prohibition des pactes sur succession future, n'est plus comme autrefois, levée pour les conventions passées dans le contrat de mariage, les institutions contractuelles étant seules permises à cet égard (1).

L'avantage de la théorie de MM. DEFRENOIS et AMIAUD, pour ne citer que ces deux éminents praticiens, est de mettre en relief cette idée que les articles 1387 et suivants s'appliquent à notre clause, quand elle est comprise dans un contrat de mariage.

Mais leur qualification laisse entier le problème. Ainsi que nous venons de le faire remarquer en effet, il y a toujours lieu de préciser la nature propre de la clause et de rechercher si elle ne tombe pas sous le coup de la prohibition des pactes sur succession future.

p. 14, n° 795. — DEMOGUE : *Traité des obligations en général*, tome 2, 1923, p. 765, n° 854. — BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE : *Traité théorique et pratique de Droit civil « des obligations »*, tome 1, éd. 1906, n° 262. — PLANIOL, RIPERT et NAST : *Traité prat. de droit civ. franç.*, tome 8, préc., art. 33, p. 41. — GÉNY : *Sem. jur., préc.*, al. 15, et s. 30-2-98, col. 3.

[104] (1) PLANIOL et RIPERT : *op. cit.*, p. 17, n° 801. — COLIN et CAPITANT : *Cours élém. de droit civ.*, p. 13. — BAUDRY-LACANTINERIE : *Précis de Droit civil*, p. 11, n° 10. — HÉMARD : *op. cit.*, tome 3, p. 11, n° 2261.

CHAPITRE II

LA CLAUSE RESSORTIT-ELLE AU DROIT DES CONTRATS A TITRE ONÉREUX

105. Du vaste domaine des *conventions matrimoniales*, auquel notre clause ne fait guère que toucher, comme stipulée à l'occasion du mariage, nous passons dans un domaine plus réservé : celui des *contrats à titre onéreux*.

Deux courants opposés (article I) vont s'y contrarier : celui de la *promesse de vente nulle comme pacte sur succession future* et celui de la *promesse de vente valable comme contrat post mortem*.

Un autre courant (article II), dérivé celui-là, considère la clause comme *vente sous condition suspensive*.

ARTICLE I

THÉORIE DE LA PROMESSE DE VENTE

106. Nous voudrions examiner, dans un premier alinéa, les arguments des partisans de l'idée de promesse de vente, dont les uns (§ 1^{er}) concluent à la nullité de la clause comme pacte successoral, et les autres (§ 2) à sa validité comme contrat *post mortem*.

Nous nous demanderons ensuite (alinéa 2), si la clause analysée comme promesse de vente, réalise ou non un pacte sur succession future.

Dans un troisième alinéa nous rechercherons si elle n'est pas nulle pour d'autres motifs (promesse pour autrui, atteinte à la réserve).

Enfin, dans un dernier alinéa, nous donnerons notre opinion sur cette qualification de promesse de vente.

Alin. 1) CONSÉQUENCES TIRÉES PAR LES PARTISANS DE CETTE IDÉE FUTURE

Par. 1) *La clause, promesse de vente, serait nulle
comme pacte sur succession*

a) *Jurisprudence*

107. Notre clause était indiscutée en France, quand M. DEGAN¹, dans sa thèse précitée (1) crut devoir l'analyser en une promesse de vente (2). M. CAPITANT appuya cette idée de sa haute autorité, mais, dans la consultation donnée lors du procès pendant devant le Tribunal de Rouen, en déduisit des conséquences diamétralement opposées : la clause réalisant une promesse de vente, était de ce fait, nulle comme pacte sur succession future.

Le Tribunal de Rouen (3), se rangeant à l'avis de M. CAPITANT, fut le premier en France à adopter cette manière de voir.

Il s'agissait, en l'espèce, d'un fonds appartenant en propre au mari prédécédé comme lui ayant été attribué aux cours du mariage, aux termes d'un partage des biens dépendant de la succession de sa première femme.

Dans l'inventaire après décès, la veuve survivante, commune en biens acquêts qui se trouvait en présence de trois enfants issus de la première union de son mari et de deux enfants communs, déclara, en suite de l'expertise du fonds, vouloir le conserver en vertu de la clause commerciale insérée dans son contrat de mariage.

C'est alors que deux des enfants du premier lit, ayant, dans un dire, fait toutes protestations et réserves contre l'exercice de ce droit d'option, demandèrent la nullité de la clause : le Tribunal fit droit à cette demande.

[107] (1) Paris, 1916, n° 183, p. 168.

(2) CAPITANT : *D. P.*, 1923-2-2, col. 1.

(3) 5 avril 1921, n° 1 ci-dessus et la note.

culier envisagé comme devant faire partie d'une pareille succession » (5).

Le Tribunal prononce, de ce fait, la nullité absolue de la clause.

Nous devons remarquer que les attendus du Tribunal de Rouen sont loin d'être clairs.

Il semble bien que l'intention du Tribunal ait été de viser en même temps que le pacte sur succession future, l'atteinte à la réserve, dans laquelle il paraît voir une forme particulièrement grave du pacte successoral (6).

108. C'est d'ailleurs la même confusion que, nous autorisant de l'opinion de M. GÉNY et de la distinction si nette établie entre les deux cas par M. CAPITANT (1), nous reprocherons à l'arrêt de la Cour de Rouen, rendu sur appel du dit jugement (2).

La Cour approuvant la qualification par le Tribunal, de la « stipulation en litige » en « *promesse de vente* d'un bien qui se trouverait dans la succession du prédécédé » croit « qu'ainsi elle entrevient à l'ordre légal des successions, en substituant au droit en nature des héritiers réservataires du *de cuius* sur le fonds de commerce, qui en fait l'objet, la valeur en argent de ce fonds et qu'elle constitue une *stipulation sur succession non ouverte* inter-

(5) Cette dernière expression est la reproduction du texte d'AUBRY et RAU : 5^e éd. 1902, tome 4, susén., al. 344. Et les références citées par le Tribunal sont, outre l'arrêt de la Cour de Cassation susénoncé, une partie de celles indiquées à la note 16, p. 542 du même ouvrage.

(6) Voy. CARPENTIER : *Rev. du Not.*, 15 août 1923, n° 19.630, 1, p. 201.

[108] (1) GÉNY : *Sem. jur.*, préc., al. 18. — CAPITANT : *D.*, 1923-2-3.

(2) 15 déc. 1922, n° 1 ci-dessus et la note.

Nous examinerons plus loin (note 1 sous n° 172 ci-dessus), ses attendus relatifs à la qualification de la clause. Retenons seulement qu'il y voit une *promesse de vente*.

Cette promesse de vente est, pour le Tribunal, entièrement nulle : en effet, nous dit-il, bien que l'article 1389 ne prévoie pas « expressément le cas où les époux modifieraient dans leur contrat de mariage leurs droits de succession réciproques » « la chose faisant partie de l'actif successoral doit se retrouver en nature lors de l'ouverture de la succession, chacun des héritiers ayant droit éventuel à la totalité ou même une quotité de l'hérédité ».

Cette première conséquence fort discutable tirée de l'art. 1389, le Tribunal en déduit en outre que notre article fait « obstacle au transfert d'un bien successoral dans le patrimoine du conjoint, ce qui, ajoute-t-il, serait également contraire aux règles du partage (articles 826 et suivants du Code civil) ».

La clause constitue donc « le *pacte sur succession future* prohibé d'une manière générale par les articles 781 et 1130, alinéa 2 du Code civil « comme ayant pour objet d'attribuer un droit privatif sur tout ou partie d'une succession non ouverte » (3) « et pour résultat de faire échapper au partage une quote-part de cette succession, un objet parti-

(3) Expression que le Tribunal emprunte à un arrêt de la Chambre civile de la *Cour de Cass.*, du 9 mai 1894, *D. P.*, 1894-1-546.

dite par les dispositions de l'article 1130 du Code civil ».

109. La Cour d'Amiens s'est elle aussi prononcée pour la nullité de la clause comme pacte successoral dans deux arrêts rendus le 27 juin 1928 et le 14 février 1929. (Voyez n^{os} 10 et 11 ci-dessus et les notes).

Dans le premier de ces arrêts, il s'agissait d'une exploitation agricole, et l'époux survivant avait, aux termes de son contrat de mariage à la fois, droit de conserver le matériel agricole et « droit au bail pour neuf années, des lieux où s'exerçait l'exploitation des immeubles, soit de la communauté, soit propres aux époux ».

Ici la Cour ne commet pas la confusion qui nous a frappé dans les jugement et arrêt de Rouen : elle décide que, dans l'espèce qui lui est soumise « une telle clause constitue un *pacte sur succession future*, qu'elle porte bien sur une quote-part des éléments d'une succession non ouverte ; que *de plus*, elle serait de nature à porter atteinte à la *réserve* de certains héritiers ».

110. Elle ne justifie guère plus sa sentence du 14 février 1929 dont l'espèce est la suivante :

Un marchand de bestiaux marié sous le régime de la communauté réduite aux acquêts, était propriétaire lors de son mariage du fonds de commerce, sans que d'ailleurs ce fonds ait fait l'objet d'aucun apport spécial.

La clause commerciale générale avait été insérée au contrat avec la promesse de bail habituelle au survivant, pour 9 ans, des lieux où s'exploite-

rait l'établissement pouvant exister au décès du prémourant.

Lors du décès du mari, comme nous l'avons déjà indiqué succinctement n° 11 ci-dessus, la communauté comprenait une exploitation agricole et, de la succession dépendait le fonds de marchand de bestiaux dont s'agit.

Le Tribunal de Saint-Quentin sur contestation de l'option par les héritiers avait validé la clause s'appliquant à la conservation de l'exploitation agricole et au droit au bail des immeubles communs et propres, nécessaires à cette exploitation ; il n'avait pas statué sur la conservation du fonds de marchand de bestiaux.

La Cour sur appel des héritiers confirme entièrement ce jugement, mais le complète en ce qui concerne le fonds de commerce de marchand de bestiaux.

Considérant, que le *de cujus* « obligeait ses héritiers à vendre à sa veuve, si celle-ci en manifestait le désir, un fonds de commerce qui devait se trouver dans sa succession et suivre normalement le sort de ses autres propres », elle analyse, à cet égard, la clause « comme une *stipulation sur succession non ouverte*, interdite par l'article 1130 du Code civil, frappée de nullité absolue et n'ayant pas pu, par conséquent faire l'objet d'une option valable de la part de la veuve ».

III. Toute autre est l'espèce où le Tribunal de la Seine, dans son jugement du 24 décembre 1928 (n° 15 ci-dessus et la note) analyse lui aussi notre clause en promesse de vente constituant pacte sur succession future :

Un contrat de mariage contenant adoption du régime de séparation de biens, passé en 1921, stipu-

lait que le survivant des époux aurait la faculté de conserver le fonds de commerce exploité par le prémourant, ou les droits sociaux pouvant lui appartenir, sauf à tenir compte de la valeur des biens conservés.

Or le futur époux avait constitué en 1907 avec une tierce personne, une société en nom collectif pour l'exploitation d'un fonds de commerce de marchand-tailleur ; et le pacte social contenait « faculté d'option par la veuve, au cas de décès d'un des associés, pour la continuation ou la dissolution de la société » avec stipulation que les héritiers n'auraient alors, à raison de leurs droits dans les parts sociales de leur auteur, qu'une créance contre la veuve.

En 1925, la société fut transformée en société à responsabilité limitée, mais la clause d'option fut reproduite dans le nouvel acte de société.

En 1927 l'époux associé légua à sa fille naturelle tous les biens lui appartenant sauf quelques meubles, qui faisaient l'objet dans le même testament, d'un legs particulier à sa femme.

Après son décès arrivé fin 1927, sa veuve déclara vouloir profiter de l'option.

L'enfant naturelle s'y opposa, soutenant que cette option se trouvait inefficace, la stipulation contenue dans l'acte de société ayant été révoquée par le testament et la clause de conservation contenue dans le contrat de mariage étant nulle.

Le Tribunal fit droit à sa demande.

Nous n'avons pas à nous occuper ici de la partie de la décision qui vise la clause contenue dans l'acte de société (voy. n° 230 ci-après), mais à considérer les arguments fournis par le Tribunal pour annuler la clause contenue au contrat de mariage.

« Une stipulation de cette nature, nous dit le Tribunal, en permettant au conjoint survivant de prendre dans la succession du *de cujus*, le fonds de commerce appartenant en propre à celui-ci, à charge d'en payer la valeur, substitue au droit des héritiers de recueillir des biens en nature, la remise d'une somme d'argent », « elle contrevient donc à l'ordre légal des successions ».

Il juge « que la clause litigieuse s'analyse en une *promesse de vente*, qui ne produira son effet, que si la condition prévue se réalise, c'est-à-dire, si l'époux propriétaire du fonds prédécède » et « que c'est là un *pacte sur succession future* prohibé par l'article 1130 du Code civil ».

On reconnaît à nouveau, ici, les deux chefs de nullité soulevés par le Tribunal et la Cour de Rouen (n° 108 ci-dessus) et, malgré une apparence de distinction, la même confusion, le Tribunal semblant faire découler de l'article 1389, qui empêche de « changer l'ordre légal des successions » une nullité spéciale protégeant les héritiers réservataires.

Remarquons en outre que le Tribunal ne motive pas plus amplement ses dires, concernant la qualification de pacte sur succession future.

112. Le Tribunal de Rouen, dans son jugement du 19 juin 1929 (voy. n° 19 ci-dessus et la note), prend soin, lui, de développer les motifs de sa décision.

Aux termes d'un pacte passé devant notaire au cours du mariage, une dame X..., mariée sous le régime de la communauté légale de biens avait fait donation à son mari de l'usufruit de la totalité des biens qui composeraient sa succession. L'acte de

donation contenait, en outre, la clause de conservation de l'exploitation agricole que nous avons rapportée dans la note 1 sous le n° 38 ci-dessus.

La donatrice est décédée le 14 septembre 1925, laissant son mari et sept enfants issus du mariage. Ces derniers ont demandé qu'il soit procédé aux opérations de compte liquidation et partage des communauté et succession. Mais l'époux survivant s'est opposé à la licitation préalable de divers immeubles de communauté, invoquant la clause de conservation de l'exploitation agricole contenue dans l'acte de donation, et il a demandé l'attribution de ces immeubles, ainsi que du matériel d'exploitation, pour la valeur de la prise de l'inventaire ou de leur estimation par experts.

Le Tribunal, repoussant sa demande annula la clause.

Elle réalisait, aux termes du jugement « incontestablement une *promesse de vente* » et, malgré qu'elle eut été valable par contrat de mariage, en vertu des articles 1515 et 1525 du Code civil, puisque portant sur biens de communauté, « renfermée, comme en l'espèce, dans un acte passé entre époux postérieurement à leur mariage », elle constituait « un *pacte sur succession future* prohibé par l'article 1130 du Code civil », comme « ayant pour objet d'attribuer un droit privatif sur tout ou partie d'une succession non ouverte ».

Examinant si les « conditions nécessaires pour qu'il y ait pacte sur succession future » étaient réunies en l'espèce, le Tribunal constate :

« Que tout d'abord le pacte est fait dans la prévision de l'ouverture d'une succession » puisque la donatrice « obligeait les héritiers à vendre à son

mari, devenu veuf, l'exploitation agricole dépendant de l'actif successoral qu'elle laisserait ».

« Que, d'autre part, la chose objet du pacte se trouve dans la succession ».

Et qu'enfin, cette chose était considérée, lors de l'acte de donation « comme devant appartenir au promettant à titre successif ».

Le Tribunal reproduisant, en outre, textuellement, la partie si contestable de l'arrêt de la Cour de Rouen précité (n° 103 ci-dessus), estime que la clause contrevient à l'ordre légal des successions, en portant atteinte au droit en nature des héritiers réservataires et continue à voir, dans cette atteinte, une des formes du pacte sur succession future.

113. Voici donc réunie la jurisprudence qui, voyant dans notre clause, une promesse de vente, se croit obligée de l'annuler comme pacte successoral, et, de plus, pour certains Tribunaux, comme portant atteinte au droit des héritiers à leur réserve en nature.

Pouvons-nous en dégager les caractères qui, d'après elle, lui ont permis de reconnaître que notre clause appartiendrait à cette catégorie interdite de contrats ?

Les Arrêts de Rouen (15 décembre 1922) et d'Amiens (27 juin 1928 et 14 février 1929) ainsi que le jugement du Tribunal de la Seine du 24 décembre 1928, ne nous donnent à cet égard aucune précision. Ces décisions, en effet, s'en réfèrent purement et simplement à l'article 1130 du Code civil, en constatant qu'il y a « stipulation sur une succession non ouverte ».

Le Tribunal de Rouen, par contre, dans ses deux jugements précités (5 avril 1921 et 19 juin 1929)

adoptant les termes de l'arrêt susénoncé de la Cour de Cassation, du 9 mai 1894, (note 4 sous n° 107 ci-dessus) considère que la clause est un pacte successoral « comme ayant pour objet d'attribuer un droit privatif sur tout ou partie d'une succession non ouverte ».

Il ajoute, dans son premier jugement, cette simple constatation, empruntée comme nous l'avons vu à MM. AUBRY et RAU (note 5 sous n° 107 ci-dessus) que « la clause a pour résultat de faire échapper au partage une quote-part de cette succession ».

Dans son second jugement, plus motivé, il croit que notre clause répond aux trois conditions qu'il estime nécessaires pour la constitution d'un pacte sur succession future (convention faite dans la prévision de l'ouverture d'une succession et dont l'objet, considéré comme devant appartenir au promettant à titre successif, se trouve dans la succession).

b) *Doctrine*

114. Examinons maintenant les raisons qui poussent une partie de la doctrine à annuler notre clause comme pacte sur succession future.

M. CAPITANT, dès le début de la controverse, nous pouvons même dire : dès avant la controverse (voy. n° 107 ci-dessus), avait adopté la thèse du pacte sur succession future.

Dans sa note au DALLOZ sous l'arrêt de Rouen (1) après avoir expliqué pourquoi, à son sens, l'arrêt avait décidé, justement, que la clause n'était ni « convention de mariage » ni libéralité, mais une promesse de vente, l'éminent professeur conclut ce qui suit :

« Or cette promesse de vente a pour objet un bien qui figurera dans la succession du promettant. Celui-ci promet dès à présent de vendre son fonds de commerce à son conjoint, si ce dernier lui survit et consent à l'acheter à la succession pour le prix que fixeront les experts. Cette stipulation présente donc bien les caractères d'un *pacte sur succession future* : elle tombe dès lors sous le coup des articles 1130 et 1600 du Code civil, lesquels prohibent, sans distinction ni réserve, toute convention ayant pour objet des choses qui feront partie d'une succession à venir » (2).

C'est la même opinion, qu'il exprime d'ailleurs de semblable manière, dans son article à la *Revue critique* (3).

[114] (1) D., 1923-2-1.

(2) *Loc. cit.*, p. 2, col. 1.

(3) Numéro de janv.-févr. 1927 ; extr. préc., n° 39,
p. 50

« Cette promesse de vente est un *pacte sur succession future* », interdit par « les articles 1130 et 1600 du Code civil ». « Ces articles prohibent, en effet, sans faire aucune réserve, tous pactes ou conventions, les deux mots sont synonymes, ayant pour objet les choses qui feront partie d'une succession non ouverte ».

115. Puis, dans une autre note au DALLOZ (1), M. CAPITANT vient approuver le jugement du Tribunal de la Seine du 24 décembre 1928, que nous avons cité plus haut (n° 111).

Il est amené à développer l'idée de pacte sur succession future, telle qu'il la conçoit, d'autant qu'était parue peu de temps auparavant la savante dissertation de M. GÉNY, dans la semaine juridique (voy. n° 124 ci-après).

M. CAPITANT rappelle que « la prohibition formulée par le Code civil, dans divers articles (791, 1130, 1600, 1389) est très large ». Il applique à notre cas l'article 1130, en le traduisant : « on ne peut faire aucune stipulation sur sa propre succession », et fait remarquer que la prohibition « vise non seulement les libéralités, donations de biens à venir ou institutions contractuelles, mais les pactes à titre onéreux ».

L'article 1600 interdit de vendre la succession d'une personne vivante de son consentement ; mais « il interdit aussi à une personne de vendre sa propre succession ».

« Sont donc prohibées toutes les conventions par lesquelles une personne concède à une autre un droit non sur ses biens actuels, mais sur sa succes-

[115] (1) D., 1929-2-105.

sion, c'est-à-dire un droit qui s'ouvrira au décès du promettant et *naîtra directement* contre ses héritiers ».

Et le savant professeur, prenant comme exemple, « le pacte successoral par excellence : la donation de biens à venir », de montrer que le donateur attribue au donataire un droit successif », « droit *éventuel* de succéder au donateur si celui-ci meurt avant lui ».

Considérant ensuite le pacte successoral à titre onéreux, qui, bien que définitif « ne produira aucun effet du vivant du vendeur », M. CAPITANT estime que « c'est comme si le vendeur disait à ses héritiers : « Je vous ordonne de vendre ma succession, ou tel bien en faisant partie, à telle personne, qui a consenti à l'acheter pour tel prix ». Ici encore, l'acheteur n'acquiert aucun droit immédiat contre les héritiers du vendeur, comme dans le cas d'Institution contractuelle ».

Mais, il fait une grande différence entre les deux situations (Institution contractuelle et vente d'hérédité).

« Dans la première, le donataire acquiert un droit successif, c'est-à-dire le droit de se porter héritier ou légataire, tandis que dans la seconde, le contractant devient acheteur de la succession ou du bien ; il ne la reçoit pas en qualité d'héritier ou de légataire. C'est donc une erreur certaine de prétendre, comme le font les adversaires de la jurisprudence (voyez GÉNY et NAST) que le pacte successoral se caractérise par ce fait qu'il attribue au bénéficiaire un *droit successif*. Cela est vrai pour le pacte à titre gratuit, mais ne l'est pas pour les pactes à titre onéreux. L'acquéreur à titre onéreux,

par définition même, n'est pas un successible, il ne peut donc acquérir un *droit successif*. »

Et l'éminent jurisconsulte est convaincu qu'une telle conception (attribution d'un droit successif) du pacte successoral serait contraire à la loi. « Le trait essentiel du pacte successoral est le suivant : c'est un pacte qui donne au contractant un droit, non sur les biens actuels du disposant, mais un droit contre sa succession ou si l'on veut contre les héritiers, c'est-à-dire un droit éventuel ».

A l'appui de ses dires, M. CAPITANT présente, en outre, deux arguments :

Le premier c'est qu'on ne concevrait pas pourquoi la clause serait un pacte sur succession future, en tant que donation de biens à venir, et cesserait de l'être quand on la stipule à titre onéreux.

Ce à quoi les adversaires de la prohibition (2) ne manqueront pas de rétorquer qu'il est vraiment curieux qu'une clause valable en tant que donation de biens à venir ne le soit plus si on l'énonce à titre onéreux.

Dans son deuxième argument, M. CAPITANT nous demande d'examiner « comment la promesse de vendre un bien après son décès pourrait être licite, alors que l'article 1600 interdit la vente d'un bien à prendre dans la succession ». La promesse n'est-elle pas, en effet, plus encore que « la vente

(2) Voy. notamment la 7^e objection des conclusions de M. l'Avocat général Jacques DUMAS, dans *Paris*, 5 déc. 1929, citée par *Gaz Pal* : 1930-1-180 : « Ce qui me choque le plus... c'est l'absurdité juridique » qu'il y a à « interdire à titre onéreux ce qu'on est obligé de déclarer valable à titre gratuit ». Et GÉNY : S., 1930-2-58, col. 1, *in fine*. — NAST : *D. H.*, 1929, p. 38, *in fine*.

pure et simple des biens de la succession » un pacte successoral, « car elle est subordonnée à la condition de survie du conjoint ».

116. Et l'éminent professeur, dans une note parue au DALLOZ, sous l'arrêt de la Cour de Paris, rendu le 21 février 1930 (1), nous donne encore, en même temps que son opinion sur les contrats *post mortem*, de nouvelles précisions sur notre clause envisagée comme pacte sur succession future :

« Le droit que je vous concède est un droit qui ne naîtra qu'au jour de ma mort contre mes héritiers. J'impose à ceux-ci l'obligation de vous vendre ce bien, si vous manifestez la volonté de leur acheter... »

« Je m'oblige bien, en ce sens que je vous confère un droit de créance contre ma succession, si le bien en question se trouve encore dans mon patrimoine au jour de mon décès ; mais je ne m'oblige pas moi-même à vous le vendre ».

117. Dès la première décision du Tribunal de Rouen, M. VIALLETON s'est rangé aux côtés de M. Capitant, dont il admire « la démonstration méthodique et convaincante ».

Dans une note, d'une grande concision, parue à la Revue critique de législation et de jurisprudence (1), il approuve le Tribunal et la Cour qui, ayant reconnu, dans notre clause « une promesse de vente, dont l'exigibilité est reportée à l'ouverture de la succession », l'ont condamnée. En effet, nous dit-il, cette clause « aboutit en somme à créer un droit particulier au profit du survivant, sur un bien envisagé non comme faisant partie du patri-

[116] (1) *D. P.*, 1931-2, p. 3. col. 1.

[117] (1) 1924, p. 405 à 408.

moine de celui qui en dispose, mais comme un élément de sa succession non encore ouverte. Il y a modification anticipée de la composition de la masse qui devra être partagée lors de la dévolution héréditaire. Dès lors, on tombe sous le coup de la *prohibition des articles 1130 et 1600*, confirmés par l'article 1389, en ce qui touche leur application aux conventions matrimoniales ».

118. Remarquons que M. VIALLETON, comme d'ailleurs à la même époque M. CAPITANT (n^{os} 113 et 114 ci-dessus), juge suffisant, tant dans sa note à la *Revue Critique* que dans celle publiée au Sirey sous un arrêt de la Cour de Cassation du 16 décembre 1925 (1), pour la condamnation de notre clause, ce fait que son *objet* est un bien qui figurera dans la succession du promettant.

119. Mais, pour répondre aux objections présentées par les partisans de la théorie du « contrat *post mortem* », il est amené, dans une note parue au même recueil SIREY (1), alors que M. CAPITANT énonce sa subtile distinction entre le droit successif et le droit éventuel (n^o 115 ci-dessus), à formuler une théorie très personnelle (2) des pactes sur succession future.

[118] (1) S., 1926-1-169.

[119] (1) S., 1929-1-137.

Cette note a été publiée sous un arrêt de la Chambre des requêtes de la Cour de Cassation du 14 jan. 1928, annulant une clause dite « d'accroissement », parce que pacte sur succession future. Il s'agissait de conventions intervenues entre les acquéreurs indivis d'un domaine rural, par lesquelles, lors des décès successifs des acquéreurs, les parts des prédécédés reviendraient aux survivants, de telle sorte que le dernier survivant serait propriétaire du tout. (Voy. *Rép. gén. prat. du not.*, 15 mai 1928, art. 21.686, et étude de M. NAST, dans la même revue, 30 août 1928, art. 21.759).

(2) Voy. notamment MAUX : thèse préc., p. 126 et s., n^{os} 20 et 21.

Le critère classique permettant de distinguer « les pactes *post mortem* licites et les pactes successoraux interdits... est l'existence du titre successif : ce qui est prohibé, c'est de faire intervenir sa contrepartie dans la convention en qualité d'héritier, en lui conférant ou lui reconnaissant un titre héréditaire ».

Le distingué professeur préférera « rechercher les signes de la prohibition, ailleurs que dans le titre successif, en la personne du cocontractant ».

Négligeant la « qualité » de ce cocontractant, il s'emploiera à trouver « la nature même de l'action » de l'initiateur de l'acte, et l'esprit qui lui dicte sa conduite ». De la sorte, il saura « s'il agit en *de cujus* présumptif, c'est-à-dire de manière que son acte ne touche que l'hérédité » ou « s'il y a seulement conséquence héréditaire d'une opération patrimoniale », c'est ce qui conduit M. VIALLETON à établir une distinction fondamentale entre les *pactes patrimoniaux à portée successorale* et les *pactes purement successoraux*.

« Les premiers intéressent essentiellement le *de cujus* lui-même de son vivant, mais leur conception ou leurs conséquences sont telles, qu'ils trouvent un aboutissement dans la masse héréditaire. Ils sont licites et s'apparentent aux *pactes post mortem* de l'interprétation classique. Au contraire, sont pactes successoraux prohibés, ceux dans lesquels le principal intéressé trouve moyen de dégager sa fortune personnelle, telle qu'elle demeurera de son vivant, de tout engagement, de toute responsabilité, de toute incidence de l'opération. Celui qui prend l'initiative de l'acte y demeure totalement étranger, les conséquences de son action se reportent toutes sur sa succession au détriment

ou à l'avantage de ses seuls héritiers ou de certains d'entre eux ».

Et M. VIALLETON, avec qui M. CAPITANT se déclare « heureux de se trouver d'accord » (3) définit la clause commerciale « le prototype même du pacte purement commercial. En effet, nous dit-il, « la promesse de vente qu'elle contient, ne rejaillira pas contre son auteur de son vivant ; il n'est pas concevable qu'elle puisse jamais être invoquée contre lui, quelles que soient les circonstances, même en cas de séparation amiable. La succession seule répond ; le *de cujus* est entièrement dégagé ; il ne sera jamais personnellement lié, jamais tenu de dommages intérêts. Car on peut croire qu'à moins de clause spéciale, l'époux propriétaire n'est même pas tenu de conserver le fonds de commerce jusqu'à sa mort et que, s'il l'a aliéné auparavant, il y aura simplement caducité de la promesse par inexistence de son objet dans la masse héréditaire. Là sont pour nous les signes du pacte successoral prohibé ».

120. M. MOREAU, dans divers articles parus dans le Recueil civil et notarial des juriscesseurs et dans la Semaine juridique (1), adopte aussi l'idée de promesse de vente et conclut à sa nullité contre M. NAST qu'il prend particulièrement à partie (2).

« Le promettant, dit M. NAST, n'a nullement l'intention de disposer de sa succession ». M. MOREAU s'étonne : « Une personne en prévision de sa mort,

(3) *D.*, 1931-2-3, col. 1.

[120] (1) *Rec. civ. et not. juriscl.*, 1923, p. 181 et p. 341.

1925, p. 23 et p. 140.

1926, p. 221 et *Sem. jur.*,

11 avril 1929, p. 445.

(2) *Sem. jur., préc.*, p. 447, col. 1.

décide que, à ce moment, il interviendra dans tel sens, entre ses héritiers et son conjoint, une tractation au sujet de tel bien qu'elle laissera à son décès et elle ne prétend pas disposer de sa succession ? »

M. NAST « raisonne comme si on se trouvait en présence d'une promesse de vente réalisable à n'importe quel moment », or, pense M. MOREAU, le disposant « ne promet pas de vendre ; il promet que ses héritiers vendront, et qu'est-ce donc que cela, sinon donner à son cocontractant un droit à réaliser exclusivement sur un bien de sa succession quand celle-ci s'ouvrira ».

121. Dans son excellente thèse sur les pactes successoraux (1), M. MAUX a « quelque peine à souscrire à l'analyse de M. CAPITANT (promesse de vente), tout en acceptant sa thèse de la nullité ».

Il croit devoir se borner « à la recherche du résultat exact de la clause envisagée », résultat qu'il nous dénonce comme suit :

« Le futur *de cujus* ayant convenu avec son conjoint, qui a accepté, que ses héritiers lui vendraient, à son décès, le fonds de commerce propre, si ce conjoint survivant désirait le conserver... et si ce fonds existait encore, a imposé à ses héritiers une obligation dont il se déchargeait, quant à lui, complètement » .

Or, aux termes de notre clause, « il a été convenu que le fonds, s'il se trouve encore dans la succession du prédécédé, reviendra au survivant moyennant un certain prix. Ce survivant acquiert donc vis-à-vis de ce fonds (partie de la succession) un

[121] (1) *Précitée*, p. 247 et 248.

titre successif qu'il ne possédait pas, un droit privatif sur partie de la succession ».

Voilà pour M. MAUX, les deux conditions qui réalisent le pacte prohibé, en sorte que « les héritiers du prédécédé ne retrouveront plus que la valeur du fonds, alors qu'ils avaient droit au fonds lui-même ».

M. MAUX conclut employant les termes dont M. l'avocat général DUMAS s'est servi pour rappeler l'arrêt de Rouen :

Il y a donc « une mutation de propriété aux dépens de l'ordre des successions et peut-être même aux dépens de la réserve » (2).

122. M. MORIN, dans une thèse très claire sur les pactes successoraux dans notre droit actuel (1) adopte l'interprétation suivant laquelle notre clause est une promesse de vente.

Il lui semble facile de démontrer qu'une telle promesse « tombe sous le coup de la prohibition des conventions sur succession future, quand elle se trouve insérée dans un contrat de mariage ».

« En effet, elle a pour objet toute exploitation devant dépendre de la succession du promettant, succession qui n'est pas encore ouverte au moment où elle est consentie ». Et M. MORIN qui a rejeté, dans ses développements antérieurs, l'utilité d'une recherche autre que celle concernant l'objet, pour la détermination du pacte successoral, de conclure :

« Nous trouvons ainsi réalisée la condition nécessaire et suffisante grâce à laquelle on connaît un

(2) 3^e objection de ses conclusions dans *Cour de Paris*, 5 déc. 1929, dont la 7^e objection a été rappelée note 2, sous n^o 115 ci-dessus.

[122] (1) *Précitée*, p. 75.

pacte passé entre deux personnes sur l'hérédité de l'une d'elles, puisque l'objet fait bien partie d'une succession non ouverte ; d'autre part, en vertu de cette clause, le promettant attribue bien un droit sur la masse des biens qui existeront à son décès, le survivant des époux ayant la possibilité d'appréhender à l'encontre des autres héritiers, même mineurs, l'exploitation, à charge d'en payer la valeur.

123. Telle est l'opinion des principaux partisans de la nullité de notre clause, parce que promesse de vente réalisant pacte sur succession future.

Comme les Tribunaux, ils ne s'inquiètent guère, au début de la controverse, que de considérer *l'objet* de la convention, pour la condamner.

Cet objet est « un bien qui figurera dans la succession du promettant », dit M. CAPITANT (n° 113), « un bien envisagé... comme un élément de sa succession non encore ouverte » énonce M. VIALLETON (n° 117), « une tractation au sujet de tel bien qu'elle laissera à son décès » pense M. MOREAU (n° 120).

Puis, on sent nettement la riposte aux partisans de la validité (voy. n°s 124 et s. ci-après) objectant que tout contrat ayant pour objet un bien que le disposant laissera à son décès, n'est pas nécessairement pacte sur succession future.

On cherche alors à préciser le deuxième caractère que doit revêtir le pacte successoral.

M. CAPITANT considérant que la clause, telle que l'interprète l'opinion de la promesse de vente, porte sur un droit de créance, rejette le « titre héri-

taire » pour adopter le « titre éventuel », et l'on constate dès lors avec M. VIALLETON (théorie du pacte patrimonial), M. MOREAU (« le disposant ne promet pas de vendre, il promet que ses héritiers vendront ») et M. MAUX (le disposant « a imposé à ses héritiers une obligation, dont il se déchargeait complètement »), un glissement sur un autre terrain : celui de la *promesse pour autrui* que nous étudierons n^{os} 105 et suivants.

Par. 2) *La clause, promesse de vente, serait valable comme « contrat post mortem ».*

124. La thèse de la validité de notre clause, comme « contrat *post mortem* » a été minutieusement établie par M. GÉNY, dans deux savantes dissertations, parues l'une à la Semaine juridique et l'autre Recueil SIREY (1).

L'éminent doyen, remontant à l'ancien droit romain, y trouve proclamée, à côté de la prohibition des pactes sur succession future, l'« inutilité » des stipulations *post mortem*, qui « aboutissait à tenir pour inopérantes les stipulations ou promesses, dont le terme d'exécution était simplement fixé au décès du stipulant ou du promettant » (2).

Justinien, par contre, « consacra formellement la pleine validité des contrats *post mortem*, en ce sens du moins que ceux qui s'engageaient sous cette forme fussent présumés avoir simplement voulu reculer l'exigibilité du droit au décès de l'un d'eux ».

Actuellement « on peut tenir comme une doctrine définitivement acquise, qu'il est permis de reporter l'effet d'un contrat à la mort d'un des contractants, de façon à rendre créanciers ou débiteurs effectifs les héritiers de l'un ou de l'autre, alors du moins que la stipulation ou la promesse ont été faites au profit ou à la charge de tous les héritiers indirectement et que l'on n'a pas prétendu modifier conventionnellement les règles de l'attribution successo-

[124] (1) *Sem. jur.*, 7 juin 1928, p. 697 et s. — *S.*, 1928-2-33, sous *Trib. Seine*, 4 juil. 1924.

(2) *Sem. jur., préc.*, p. 701, 2^e col. *in fine* et 702.

rale, qui ne peuvent être atteintes que par testament ou exclues que par la voie indirecte de la stipulation pour autrui ».

Or, nous fait remarquer M. GÉNY, dans la clause de conservation du fonds de commerce, qui « se présente comme une promesse unilatérale de vente », l'époux propriétaire originaire du fonds, prend « un engagement, qui après l'avoir lié lui-même, liera après lui ses héritiers ».

Nous ne saurions en inférer, ajoute-t-il, que « cette cession porte sur une succession future, du moment que le droit qui en est l'objet (fonds de commerce ayant appartenu au prémourant) n'est pas envisagé dans la personne du cessionnaire, comme *un droit successif*, qu'il possédât déjà, ou que le cédant lui conférerait par rapport à sa propre succession. A défaut de cet élément, qui ne se rencontre pas en l'espèce, nous n'avons ici qu'un contrat subordonné à la mort de l'un des contractants avec la modalité particulière de l'option, qui ne peut en altérer la validité.

125. Et le savant professeur, répète, dans une autre note parue au Recueil SIREY (1) que « la doctrine française moderne s'accorde, en réalité, pour admettre que rien ne s'oppose à ce qu'un contractant recule l'*exigibilité* de son engagement à son décès, de façon à en charger effectivement ses héritiers, pourvu qu'il soit lié originairement lui-même et que son obligation soit comprise dans sa succession, dont il ne peut changer la destination légale qu'au moyen du testament ».

[125] (1) S., 1930-2-5B, col. 3, al. 2.

Il voit, dans la clause commerciale, « un contrat primitif essentiel et certain dès l'origine : c'est la promesse unilatérale de vente consentie par le propriétaire, qui le lie lui-même avant de lier ses héritiers. L'exigibilité en étant reportée au décès, c'est jusque-là une promesse sous terme incertain, qui n'en est pas moins obligatoire pour le promettant et qui à sa mort devient exigible contre ses héritiers ».

126. M. NAST, dès la parution des dissertations de M. GÉNY, se rallie, sans abandonner toutefois entièrement, l'idée de donation avec charges, à la thèse de la promesse de vente valable.

Pour le distingué professeur « le promettant n'a nullement l'intention de disposer de sa succession, mais seulement de passer un « avant-contrat valable comme tel et qui le lie, ainsi que ses héritiers, d'une manière irrévocable. La seule particularité est que l'exécution de l'avant-contrat est reportée au décès du promettant ; mais cela ne suffit pas à faire de l'avant-contrat un pacte successoral : il n'est qu'une promesse *post mortem* ».

127. Dans sa note au DALLOZ hebdomadaire (1), il se prononce encore plus nettement pour la thèse de la promesse de vente, au détriment de son ancienne opinion de donation avec charges.

Cette promesse de vente sera valable, puisqu'on a toujours admis en France la validité des promesses *post mortem* : doctrine et jurisprudence n'ont-elles pas depuis longtemps reconnu la vali-

[127] (1) D. H., 1929, p. 39 *in fine* et 40.

dité des donations de sommes d'argent payables seulement au décès du donateur ? »

Et, tenant à préciser, le savant professeur ajoute :

« Si la promesse est valable comme promesse *past mortem*, c'est qu'elle ne contient *pas* l'élément caractéristique du pacte successoral conclu avec celui de la succession duquel il s'agit, à savoir l'attribution d'un *droit successif* au survivant. En effet, le propriétaire du fonds n'a nullement *l'intention* de faire de son conjoint un héritier, mais un *créancier de l'obligation de faire* qui le lie lui-même et qui lie aussi ses successeurs universels ; la seule particularité de cette obligation est qu'elle est conditionnelle ».

128. C'est également dans *l'intention* du disposant que M. SAVATIER recherchera si la clause doit être rangée dans les pactes sur succession future ou les contrats *post mortem* (1).

« Suivant jusque sur leur terrain les adversaires de la validité de la clause », il admet que celle-ci s'analyse en une promesse de vente.

Or, on est « parfaitement libre de faire de sa mort un terme ou une condition, c'est-à-dire une simple modalité des droits » qu'on accorde.

« Il est vrai que ce n'est là qu'une interprétation de la volonté des parties et qu'il est certainement possible aux Tribunaux, s'ils la jugent plus vraisemblable, de préférer l'interprétation d'après laquelle l'intention du disposant aurait été de

[128] (1) *Rép. gén. prat. du not.*, 15 avril 1929, art. 21.997 n° 7.

donner à son conjoint survivant un droit sur sa succession, une sorte de vocation successorale s'exerçant sur le fonds de commerce ou le train de culture litigieux ».

Le savant professeur nous demande d'examiner, en conséquence, « si le disposant a voulu donner sur son propre, à son époux survivant, un droit successif (pacte sur succession future) ou un droit ayant pour terme suspensif la mort du premier et pour condition la survie du second ».

Dans le doute « la seconde interprétation doit l'emporter ». En effet, l'article 1157 du code civil suffit alors « à la faire entendre... au sens où elle est susceptible d'être valable ».

129. Somme toute, les partisans de la validité ne diffèrent pas d'opinion quant à l'*objet* proprement dit de notre clause : c'est un bien laissé au décès par le disposant.

Mais, ils se divisent quant à l'absence ou l'existence d'un *titre successif*.

Alors qu'on voyait tout à l'heure M. CAPITANT et M. VIALLETON (n° 151 ci-dessus) s'efforcer de rejeter, en droit la nécessité d'une telle condition pour la constitution d'un pacte successoral, nous constatons qu'au contraire MM. GÉNY, NAST et SAVATIER s'efforcent d'en maintenir l'exigence et de prouver qu'en fait, le titre successif n'existe pas quant à la clause envisagée comme promesse de vente.

Pour M. GÉNY (n° 124) « l'objet n'est pas envisagé, dans la personne du cessionnaire comme un droit successif ».

M. NAST (n° 127) pense que la promesse *post mortem* que réalise notre clause « ne contient pas l'attribution d'un droit successif au survivant ».

Et M. SAVATIER (n° 128) croit qu'en général le disposant n'a pas voulu donner « à son conjoint survivant un droit sur sa succession ».

130. Il nous faudra donc nous demander quelles doivent être *en droit* les conditions requises pour la constitution d'un parti successoral prohibé (1^{er} §).

Puis, nous rechercherons, en supposant toujours admise la qualification de promesse de vente, si ces conditions se trouvent *en fait* réalisées, lors de la stipulation de notre clause 2^e §).

Alin. 2) LA CLAUSE, PROMESSE DE VENTE, EST-ELLE
RÉELLEMENT UN PACTE SUR SUCCESSION FUTURE ?

Par. 1) Conditions du pacte successoral

131. Rechercher une définition du « parti successoire paraît à M. LAURENT (1) « tout aussi difficile » que « dire quand il n'y a pas pacte successoire ».

Dans les deux cas, énonce le savant jurisconsulte belge, « il faut s'en tenir aux termes des articles 791, 1130, 1600 et 1389 ».

Plus loin, il précise sa pensée (2) ;

« Des promesses qui ne doivent être acquittées qu'à la mort du promettant ne sont pas des conventions sur la succession future du débiteur : il y a dette actuelle, le paiement en est ajourné ».

Et, nous demandant encore de nous en tenir à la lettre du Code, il nous fait observer (1) que « ce que la loi entend prohiber, c'est toute convention sur les biens qu'une personne laissera à son décès ».

132. M. LAROMBIÈRE estime que deux conditions (outre celle relative à *l'objet*) sont nécessaires pour la constitution du pacte successoral.

D'abord ce qu'on est convenu d'appeler le « *titre successoral* ».

En conséquence, si « la clause sur laquelle porte la convention ne doit se prendre dans la succession future qu'à titre de propriétaire ou de créancier,

[131] (1) *Princ. de droit civ. franç.*, t. 16, 3^e éd. 1878, p. 132, n^o 96.

(2) *Op. cit.*, p. 139, n^o 101.

(3) *Op. cit.*, p. 141, n^o 103.

abstraction faite de toute qualité de légataire ou d'héritier, il n'y a pas pacte prohibé par l'article 1130, alors même que le droit de propriété ne doit s'ouvrir ou se liquider qu'à l'ouverture de la succession » (1).

Puis, il semble également nécessaire à ce juriste si subtil « que le pacte soit fait dans la *prévision* de l'ouverture d'une succession » (2).

133. Pour MM. AUBRY et RAU (1) la prohibition des articles précités, concernant toutes sortes de conventions successorales, même « celles qui auraient pour objet des choses particulières envisagées comme devant faire partie d'une pareille succession », « s'applique aux conventions intervenues entre un tiers et la personne de la succession de laquelle il s'agit, aussi bien qu'à celles qui auraient été passées par un héritier présomptif ou légataire éventuel, alors du moins que les choses comprises dans une convention de la première espèce en ont formé l'*objet comme devant dépendre de la succession* de l'une des parties, c'est-à-dire avec le caractère de biens héréditaires ».

134. Dans leur beau traité de Droit civil (*Des obligations*) (1) MM. BAUDRY-LACANTINIERIE et BARDE s'étendent longuement sur les caractères du pacte sur succession.

[132] (1) Théorie et pratique des obligations 1857, sous 1130, n° 18, p. 251.

(2) *loc. cit.*

[133] (1) *Cours de Droit civil français*, 5^e éd. 1902, t. 4, al. 344, p. 542.

[134] (1) 3^e éd., t. 1^{er}, 1906, p. 312, art. 265.

« A notre avis, expriment-ils, ces caractères peuvent être ramenés à deux. Pour qu'il y ait pacte prohibé par l'article 1130, il faut que la *chose*, objet du contrat soit la totalité ou une quote-part d'une succession future, ou tout au moins qu'elle soit considérée comme devant former un des éléments d'une succession actuellement non ouverte. Cette première condition est exigée, soit qu'il s'agisse d'un pacte fait par une personne sur sa propre succession, soit qu'il s'agisse d'un traité passé sur la succession d'autrui.

Quant à la seconde condition, elle varie suivant qu'on est dans l'une ou dans l'autre de ces deux hypothèses. Pour qu'il y ait pacte sur la succession de l'une des parties, il faut que l'autre soit *envi-sagée par elle comme ayant des droits éventuels* à cette hérédité. Pour qu'il y ait pacte sur la succession future d'un tiers, il faut qu'au point de vue juridique, le contrat implique essentiellement de la part du promettant, une prétention héréditaire sur la chose qui est l'objet de son obligation ».

135. MM. PLANIOL et RIPERT, tant dans leur traité pratique si apprécié, écrit en collaboration avec M. NAST, que dans leur traité élémentaire, se contentent de préciser l'objet du pacte.

Ils remarquent que « la prohibition contenue dans l'article 1130 n'atteint que les conventions ayant véritablement pour objet la succession future et les droits que les parties auront à faire valoir dans cette succession (1).

[135] (1) *Traité élém. de droit civ.*, t. 3, 1926, p. 366, n° 1015.

Et que « les articles 791, 1130 et 1389 cessent de s'appliquer, quand la convention ne porte en réalité que sur des biens présents, quand elle n'a pas pour objet une succession future, c'est-à-dire des droits héréditaires éventuels » (2).

Enfin, ils n'entendent pas « considérer comme nulle, une convention dont l'exécution est suspendue jusqu'à la mort d'une personne, si elle a pour objet autre chose que sa succession » (3).

136. M. DEMOGUE, dans son remarquable traité des obligations, aboutit aux mêmes conclusions :

Après avoir montré que « sont nuls tous les actes aboutissant à ce résultat que la convention empêchera la succession d'être dévolue suivant les modes légaux : dévolution *ab intestat*, testament, institution contractuelle avec leurs complications : rapport, réserve », il ajoute :

« Peu importe l'acte », qu'il soit « de disposition ou d'administration », « irrévocable ou révocable » (2). Il suffit qu'il « ait pour objet d'attribuer un droit sur une succession non ouverte ».

« Mais, s'empresse-t-il d'ajouter, pour que l'acte sur succession future soit nul, il faut qu'il impose de façon précise un règlement particulier de succession ».

137. Le précis de MM. BAUDRY-LACANTINERIE (1) ne contient pas les distinctions que nous avons

(2) *Traité prat. de Droit civ. franç.*, t. 8, Rég. matr.-
1^{re} partie 1925, p. 45, n° 35.

(3) *Traité élém., loc. cit.*

[136] (1) Tome 2, 1923, p. 758, n° 850.

(2) *Op. cit.*, n° 854, p. 765.

[137] (1) T. 2, 1925, p. 44. n° 104.

étudiées dans son traité publié en collaboration avec M. BARDE (voyez n° 134 ci-dessus).

Examinant les tendances de la jurisprudence française, il estime qu'« à juste titre, elle exige pour qu'il y ait pacte sur succession future, que la convention conclue dans la prévision de l'ouverture d'une succession ait pour objet de régler la dévolution ou de modifier la condition juridique soit du patrimoine héréditaire, soit d'une *chose déterminée considérée comme élément de succession future*. Par conséquent elle ne considère pas comme pacte sur succession future, une promesse qui ne doit être acquittée qu'à la mort du promettant. Il y a en pareil cas dette actuelle, le paiement seul est ajourné : il importe peu qu'il le soit jusqu'au décès du débiteur ; ce n'est pas là une convention sur sa succession... Mais dès l'instant où la convention a quelque influence sur la dévolution de la succession, la nullité est appliquée avec la plus grande rigueur, quel que soit le but louable que les contractants aient entendu poursuivre ».

138. M. HÉMARD, dans son Précis, d'une si grande netteté dans sa concision (1), reconnaît trois caractères fondamentaux aux pactes sur succession future :

D'abord un caractère *contractuel*, étant fait observer qu'« un acte unilatéral ne saurait constituer un pacte sur succession future ».

Puis, ce qui semble logique, et qui a cependant tant besoin d'être précisé, un caractère *successoral*.

En effet, « il n'y a pacte prohibé, exprime l'éminent professeur, que si la chose qui en est l'objet,

[138] (1) T. 3, 1930, p. 356 à 358, n° 2988 à 2992.

est en totalité, en quotité ou en partie, une succession non encore ouverte », qu'il s'agisse d'ailleurs « d'une succession spéciale », comme « d'une succession indéterminée ».

Et, à ce propos, M. HÉMARD déclare ;

« Il n'y a pas de pacte sur succession future dans le contrat attribuant à l'époux survivant le fonds de commerce propre au conjoint prédécédé (clause commerciale) ; il s'agit non d'une vocation successorale, mais d'une stipulation faisant dépendre de la mort du prédécédé un droit conditionnel pour le survivant.

Le dernier caractère essentiel à la constitution du pacte, c'est le caractère *éventuel*.

« Si le droit est actuel, la prohibition cesse de s'appliquer ». Et il restera « indifférent que ce droit actuel dont l'existence est certaine, soit à terme ou conditionnel (pourvu que la condition dont il dépend ne soit pas l'ouverture de la succession) ».

139. Dans son cours si fouillé sur « les limites de la liberté contractuelle » (1), M. RIPERT étudie « les conventions qui portent atteinte ou tentent de porter atteinte aux règles successorales établies dans l'intérêt de la famille » (2).

Il observe que, contrairement à la théorie de l'autonomie de la volonté, « dans la jurisprudence et dans la pratique, tout ce qui touche à la dévolution de la succession a été considéré comme étant d'ordre public », sous réserve des formes particulières prévues par la loi pour partager ses biens ou en disposer.

[139] (1) *D. E. S., Droit Privé, Paris, 1929-1930.*

(2) *Op. cit.*, 1^{re} partie, chapitre 1^{er}, section 4.

Cherchant les raisons de cette sévérité, il les trouve dans le fait que « la prohibition légale porte sur *l'objet*. La loi déclare que la succession future est hors du commerce. Dès lors au lieu de se demander, comme en d'autres matières quel est le but que poursuit le pacte et de sauver la convention, quand le but paraît louable, les Tribunaux ont fait une analyse trop stricte, trop technique de la succession future, et dès que le bien paraît être compris dans une succession, la convention est nulle ».

140. M. NAST, dans sa thèse magistrale sur les pactes sur succession future (298, donne cette définition :

« Le pacte sur succession future est une convention qui a pour *objet* tout ou partie d'une succession à venir et dans laquelle, l'une ou plusieurs des parties contractantes figurent à *titre d'héritiers présomptifs*, soit de l'une d'elles, soit d'un tiers ».

141. Ce sont ces deux mêmes conditions (objet dans la succession, titre successif) que réclame M. MAUX, s'en référant à « l'opinion générale des juriconsultes » (1), dans la thèse remarquable que nous avons déjà citée.

« Il faut d'abord, énonce-t-il, que *l'objet* de la convention soit une succession, une quote-part d'une succession future ou qu'il soit au moins envisagé par les parties comme devant former un des éléments d'une succession actuellement non ouverte... »

[140] (1) *Préc.*, p. 200, n° 209.

[141] (1) p. 120, n° 18.

« Il faut ensuite que l'une des parties, au moins, soit *considérée en qualité d'héritier présomptif*, c'est-à-dire comme ayant des droits éventuels à la succession de l'autre partie, ce qui a trait aux pactes sur la succession de l'une des parties (*pacta de succedendo* ou de *non succedendo*) ; ou bien comme ayant des droits à la succession d'une tierce personne, ce qui a trait aux pactes de la succession d'autrui (*pacta de hereditate tertii*).

M. MAUX répudie la 3^e condition (prévision de l'ouverture de la succession) exigée par M. LAROMBIÈRE (n° 132 ci-dessus) et une grande partie de la jurisprudence (2).

Elle se confond, en effet, nous dit-il, avec les autres et « l'on ne peut envisager un cas où l'objet du pacte se trouvant dans une succession et devant appartenir à l'un des promettants à titre successif, le pacte lui-même ne serait pas fait en prévision de l'ouverture de cette succession même : puisque cet objet est toujours dans ce cas indisponible, il faut

(2) Voy. notamment jugement du Trib. Rouen, 19 juin 1929, préc., n° 112, le Trib. de la Seine dans son jugement du 4 juil. 1929, notes 19 et 96 ci-dessus déclare, à peu près avec les mêmes termes (bien que dans une décision en sens contraire) :

« Attendu qu'aux termes d'une doctrine et d'une jurisprudence constante, trois conditions sont nécessaires pour qu'il y ait pacte sur succession future, le pacte doit être fait dans la *prévision* de l'ouverture de la succession, c'est-à-dire avoir pour *but* direct le règlement de cette succession, la chose *objet* du pacte doit se trouver dans cette succession ; il faut enfin qu'elle soit considérée comme devant appartenir au promettant à *titre successif*.

Par contre, le Tribunal civil de St-Quentin dans un jugement du 13 janvier 1927 (voy. n° 9 et note 1 sous n° 9 ci-dessus), reproduisant textuellement l'opinion de MM. BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE (n° 134 ci-dessus) s'est contenté des deux conditions (*objet* et *titre successoral*) que ces savants auteurs préconisent.

bien envisager le jour où cette indisponibilité cessera et ce ne peut être que le jour de l'ouverture de la succession ».

142. M. MORIN, dans sa thèse précitée, va plus loin que M. MAUX. Après avoir établi (1) que l'objet du pacte « doit concerner une succession non encore ouverte, en d'autres termes, en former soit la totalité, soit une quote-part », il lui semble qu'exiger, dans les *pacta de succedendo*, un titre successif restreint « beaucoup trop le champ d'application » de l'article 1130 et est « contraire à la tendance de la jurisprudence qui considère, en effet, comme des conventions sur succession future, non seulement celles par lesquelles une personne se crée un héritier, mais encore celles par lesquelles elle confère un droit quelconque sur tout ou partie de sa succession ».

D'ailleurs, ajoute-t-il, la jurisprudence « annule la vente de tout ou partie des biens pouvant exister au décès ».

Et il conclut que : « pour qu'une convention constitue un pacte sur succession future, il suffit, si elle est passée sur l'hérédité d'un des contractants que l'objet en soit une quote-part ou la totalité ».

143. Que déduire de tant d'opinions diverses ?

Devons-nous avec MM. LAURENT, AUBRY et RAU, BAUDRY-LACANTINERIE, PLANIOL, DEMOGUE, RIPERT, MORIN, considérer l'objet de la convention, pour la condamner ou la légitimer ;

ou avec MM. LAROMBIÈRE, BARDE, HÉMARD, NAST,

[142] (1) p. 31.

(2) p. 50.

MAUX, tenir compte, en outre, de la *vocation successorale*, du *titre héréditaire* du bénéficiaire ;

ou même, exigeant une condition supplémentaire, rechercher avec M. LAROMBIÈRE et une grande partie des Tribunaux, si l'acte a été passé *en prévision* de l'ouverture d'une succession.

144. Il nous semble, en premier lieu, indispensable d'examiner la place que tient dans le Code civil l'article 1130, pierre fondamentale de toute cette étude (1).

Ecrit, comme le fait remarquer M. RIPERT (*loc. cit.*), dans un texte général relatif à l'*objet* des contrats, il réalise « l'exclusion de la succession future comme pouvant être l'objet d'un contrat ».

C'est donc que le simple fait, par lui-même et sans autre considération, de traiter sur une succession non ouverte, est atteint par la prohibition.

Considérant, par exemple, la vente à un tiers de la totalité des biens pouvant composer la succession, nous nous trouvons, puisque l'objet du contrat est indubitablement une succession, devant un pacte prohibé (2).

145. Mais que décider, quand il s'agit de la vente d'un bien déterminé à prendre dans ceux que le *de cuius* laissera à son décès ?

La généralité des auteurs et des Tribunaux s'accordant pour reconnaître que le pacte succes-

[144] (1) Nous tenons à préciser que nous nous plaçons uniquement sur le terrain du « pactum de succedendo », le seul dont nous ayons ici à nous occuper.

(2) *Req.* 24 nov. 1843. — *D.*, 44-1-38. — Voy. aussi thèse MORIN, *préc.*, p. 50.

soral peut ne concerner qu'un bien déterminé (1), nous aurons uniquement à examiner si le décès n'est qu'un terme incertain ou s'il constitue un élément essentiel du contrat.

Dans le premier cas, il n'y aura pas pacte sur une succession, mais convention sur un objet licite ; dans le second on sera en présence d'un pacte prohibé.

Cette détermination ne pourra être faite qu'*a posteriori* et en suivant les règles pleines de sagesse, édictés à la suite de POTHIER (2) par le Code civil dans ses articles 1156 et suivants, règles que M. HÉMARD a si heureusement condensées dans cette formule : « L'interprétation d'un contrat s'opère, d'après le *but* du contrat, en respectant la *volonté individuelle* et l'équité ».

Il nous faudra en conséquence rechercher le *but* du contrat, (articles 1158 et 1161 du Code civil), tel qu'il ressort des termes employés par les parties, du contexte, de la loi et de l'usage : on devra prouver que l'acte était un véritable règlement de succession future, attribuant « un droit privatif sur tout ou partie d'une succession non ouverte » (4), suivant l'expression de la Cour de Cassation.

Remarquons que ce *but*, ainsi que le fait observer le jugement précité du Tribunal de la Seine (5) est

[145] (1) Voy. notam. TROPLONG : *De la vente*, 1-246. — LAURENT : xvi, 85. — LAROMBIÈRE : i, art. 1130, n° 13. — AUBRY et RAU : 5° éd. 1902, t. 4, préc., al. 344, p. 542 et note 16. — BAUDRY et BARDE : 3° éd. 1906, t. 1^{er}, préc., p. 317, n° 274. — *Req.*, 11 nov. 1845. *D. P.*, 46-1-25. *Civ.*, 9 mai 1894. *D. P.*, 94-1-546. — Contra MORIN : thèse préc., p. 32.

(2) Obligations, n°s 91 et s.

(3) *Précis de droit civil*, tome 2, préc., n° 1294, p. 95.

(4) *Cass. civ.*, 9 mai 1894, *D. P.*, 1894-1-546.

(5) Voy. note 2, sous n° 141 ci-dessus.

l'équivalent exact de la *prévision d'ouverture d'une succession* qu'exigeait M. LAROMBIÈRE (n° 130 ci-dessus).

146. Mais une recherche purement externe ne suffit pas toujours pour l'interprétation d'un contrat ou d'une clause : il faut quand l'objet ne peut être déterminé exactement par lui-même et que le but du contrat n'apparaît pas nettement, recourir aux éléments psychologiques, à savoir « la commune intention des parties » (article 1156, Code civil).

Cette recherche d'intention est d'ordre beaucoup plus délicat que l'autre : on devra s'inspirer, pour l'effectuer, des circonstances, du contexte, de tout ce qui peut nous amener à découvrir la volonté des parties à travers les termes peut-être impropres employés par elles.

Il s'agira, dans le cas présent, pour prouver l'existence du pacte prohibé, de démontrer la volonté du disposant de considérer son cocontractant comme son héritier, de l'appeler à son héritage et l'acceptation de ce cocontractant.

Nous nous trouvons dès lors devant le *titre successif* réclamé justement par les nombreux auteurs précités, et qui n'est autre, dans les *pacta de succedendo*, que l'établissement de la volonté des contractants de traiter sur « une chose particulière envisagée comme devant faire partie d'une succession » (1).

On nous objectera (2) que la vente pure et simple d'une succession à un cocontractant, nulle d'après

[146] (1) AUBRY et RAU : t. 4, 5^e éd. 1902, préc., al. 344, p. 542. — (Voy. NAST : n° 127 ci-dessus).

(2) MORIN : thèse préc., p. 50.

les Tribunaux, ne saurait avoir « pour but de conférer le titre d'héritier à l'acquéreur ».

Nous répondrons qu'au contraire, elle nous semble une vocation d'héritier bien caractérisée, effectuée moyennant contrepartie.

Elle ne serait d'ailleurs pas un pacte prohibé, si, au lieu d'envisager les biens comme dépendant d'une succession (et par suite l'acquéreur, comme un véritable héritier), les parties, considérant ces mêmes biens *ut singuli*, avaient fait du décès un simple terme incertain.

Par. 2) *Les conditions du pacte successoral
sont-elles réunies dans la clause ?*

147. Voici donc, nous semble-t-il, nettement établies les conditions requises pour la constitution du pacte sur succession future :

L'*objet* du contrat ou de la clause est-il une *succession*, telle est la seule question que, normalement, dans l'état des textes, nous ayons à nous poser devant un pacte soupçonné.

Cependant, quand il s'agit, comme en l'espèce, d'un bien déterminé, savoir s'il est compris ou non dans la succession du disposant, devient une *recherche d'intention*, recherche qui peut être faite en envisageant le *but* du contrat et ne sera, la plupart du temps, rigoureusement effectuée qu'en s'en rapportant à la *volonté* des parties.

Or, quel est, dans la conception de la promesse de vente l'objet de la clause de fonds de commerce ?

C'est toujours, et de cela personne ne doute, un bien laissé au décès. Par lui-même, il ne peut nous révéler si nous sommes en présence d'une convention valable ou d'un pacte prohibé.

Mais, sans rechercher plus loin, l'*intention* du disposant va nous faire adopter la solution qui s'impose.

En effet, *a priori*, puisque nous partons de l'idée de *promesse de vente*, cette intention ne saurait être « d'attribuer un droit privatif sur partie d'une succession non ouverte » (1) et de considérer le cocontractant comme un héritier.

[147] (1) Contra Trib. Rouen, 5 avril 1921, n° 107 ci-dessus.

Elle ne peut que conférer à ce dernier un droit de créance d'une obligation de faire. Et nous sommes profondément étonnés des attendus d'un récent jugement du Tribunal de Rouen (2) d'ailleurs infirmé par la Cour (3), par lesquels ledit Tribunal qui avait vu, dans notre clause, une *promesse de vente*, considérait l'exploitation agricole qu'elle visait « comme devant appartenir au promettant à titre *successif* ».

148. Toute autre serait (comme nous le verrons n^{os} 172 et suivants), la *vente* proprement dite du fonds de commerce pour le cas de décès.

On pourrait alors, sans crainte de contradiction, admettre, si elle apparaissait telle, l'intention du disposant d'attribuer le fonds à titre *successif*, titre acquis moyennent contrepartie, et, de ce fait, conclure au pacte sur succession future.

C'est qu'alors, nous serions en présence d'un droit réel à exercer à l'encontre de la succession et non plus d'un fait à exiger des héritiers.

149. Concluons de notre exposé que si la clause réalise une promesse de vente, elle ne saurait être atteinte par la prohibition des pactes sur succession future, l'intention du disposant étant, nécessairement, de constituer un droit de créance contre ses héritiers et non de « stipuler sur une succession ».

Mais, il nous faudra examiner, si, toujours en la considérant comme promesse de vente, notre disposition ne serait pas atteinte de nullité pour

(2) 19 juin 1929, rapporté n^o 112 ci-dessus.

(3) 28 oct. 1930, préc., n^o 20.

d'autres motifs : comme promesse pour autrui § 1) ou atteinte à la réserve (§ 2).

C'est ce que nous allons considérer dans un troisième alinéa,

*Alin. 3) LA CLAUSE EST-ELLE NULLE
POUR D'AUTRES MOTIFS*

Par. 1) Y a-t-il promesse pour autrui ?

150. Le Code civil, dans son article 1119, édicte qu' « on ne peut en général s'engager, ni stipuler en son propre nom que pour soi-même », mais, dans son article 1122, il dispose qu'on est censé, à moins de convention contraire, « avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers et ayants cause ».

La règle posée par ce dernier article, nous disent AUBRY et RAU (1) « s'applique aux obligations de faire aussi bien qu'à celles de donner, à moins que, s'agissant d'un fait dont l'accomplissement exige une aptitude spéciale, on ne doive admettre que le créancier a voulu qu'il fut accompli par le débiteur lui-même et n'a pas entendu obliger ses héritiers ».

Mais, ajoutent les savants auteurs (2), « on ne peut stipuler ou promettre pour ses héritiers, sans stipuler ou promettre pour soi-même ».

La raison en est la suivante (3) :

« Une stipulation ou une promesse faite directement au profit ou à la charge des héritiers, aurait ce résultat que le droit ou l'obligation naîtrait en

[150] (1) T. 4, 5^e éd. 1902, préc., al. 346, p. 565.

(2) Même alinéa, p. 566.

(3) *ibid*, p. 566, note 8 bis.

leur personne, au lieu de leur être transmis par le défunt. Comme il n'y aurait, quant à ce, aucun lien entre eux et lui, ils devraient être considérés comme des tiers à son égard et, dès lors, la promesse ou la stipulation qu'il aurait faite pour eux tomberait sous le coup de la prohibition de l'article 1119 ».

151. MM. BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE (1), s'en référant aux principes, adoptent la même solution : « Si, énoncent-ils, des stipulations ou des promesses faites dans ces termes pouvaient profiter ou nuire aux héritiers du contractant, les droits ou obligations qui en résulteraient naîtraient dans leurs personnes. Quant à ces droits ou à ces obligations, le contractant ne serait donc pas leur auteur et les héritiers seraient des tiers par rapport à lui. Or notre droit déclare nulles les stipulations et les promesses faites pour des tiers (article 1119) ».

152. C'est, croyons-nous, sur ce terrain de la promesse pour autrui qu'est actuellement portée la discussion de notre clause (1).

Les adversaires de la validité (MM. CAPITANT, VIALLETON, MOREAU...) conservent, il est vrai, l'étiquette de pacte successoral.

Mais, sentant qu'il est impossible d'en appliquer les caractères traditionnels, à ce qu'ils considèrent comme une promesse de vente, ils cherchent à élargir la notion de pacte successoral, y incorporant les caractères de la promesse pour autrui.

Pour M. CAPITANT, il y aura pacte successoral, quand « une personne concède à une autre un droit

[151] (1) T. 1^{er}, 3^e éd. 1096, préc., n° 219, p. 276 et 277.

[152] (1) Voy. dans ce sens GÉNY : note S. 1930, II, p. 59, col. 3 *in fine*, et p. 60, col. 1.

non sur ses biens actuels, mais sur sa succession *c'est-à-dire* un droit qui s'ouvrira au décès du promettant et *naîtra directement contre ses héritiers.*» (2).

M. VIALLETON considérera de même comme « pacte purement successoral », celui où le disposant « demeure totalement étranger, les conséquences de son action se reportant toutes sur sa succession *au détriment ou à l'avantage de ses seuls héritiers* ou de certains d'entre eux (3).

Citons encore M. MOREAU, pour qui, *promettre que ses héritiers vendront*, « qu'est-ce donc que cela, sinon donner à son cocontractant un droit à réaliser exclusivement sur un bien de sa succession, quand celle-ci s'ouvrira » et, par voie de conséquence, réaliser un pacte successoral (4).

153. Nous pensons qu'au contraire, les caractères de la promesse pour autrui que reconnaissent indirectement à notre clause ces éminents juristes, s'ils permettent peut-être d'annuler cette disposition, l'empêchent nettement de constituer un pacte successoral.

En effet, dans ces sortes de promesses, l'obligation naît directement dans la personne des héritiers « considérés comme des tiers à l'égard du défunt », « au lieu de leur être transmise » par ce dernier (1).

Où serait alors la « stipulation sur une succession exigée par l'article 1130 ?

(2) Note D., 1929-2, p. 106, col. 1.

(3) Note S., 1929-1-137.

(4) *Sem. jur.*, 11 avril 1929, p. 447, col. 1.

[153] (1) Voy. AUBRY et RAU : préc., n° 148.

154. Y a-t-il vraiment, d'ailleurs, dans la clause envisagée comme promesse de vente, à défaut de pacte sur succession future, une promesse pour autrui ?

M. GÉNY ne le croit pas. Pour lui (1) « l'époux prend un engagement qui, après l'avoir lié lui-même, liera après lui ses héritiers ».

Il fait observer (2) que « la doctrine française moderne s'accorde en réalité, pour admettre que rien ne s'oppose à ce qu'un contractant recule l'exigibilité de son engagement à son décès, de façon à en charger effectivement ses héritiers, pourvu qu'il soit *lié originairement* lui-même et que son obligation soit comprise dans sa succession, dont il ne peut changer la destination légale qu'au moyen du testament ».

Considérant alors notre clause, il remarque que, « dans le doute absolu », on devrait lui appliquer la solution de l'article 1157, « l'entendre dans le sens avec lequel elle peut avoir quelque effet ».

Mais, ajoute-t-il, « il n'existe aucun doute sur la volonté, chez le contractant de s'engager lui-même par la clause en question... » et « le contrat primitif, essentiel et certain, c'est la promesse unilatérale de vente consentie par le propriétaire, qui le lie lui-même avant de lier ses héritiers ».

Le savant professeur prévoit en outre l'objection suivante :

Normalement, tant qu'une promesse de vente n'est pas réalisée, le disposant peut aliéner le bien en faisant l'objet, sous réserve seulement de domages-intérêts contre le bénéficiaire.

[154] (1) *Sem. jur., préc.*, p. 703, col. 1.

(2) *Note S.*, 1930-2, p. 58, col. 3.

Or, ici, il ne saurait être question de dommages-intérêts contre le conjoint qui aurait vendu avant son décès, le fonds faisant l'objet de la « faculté d'acquérir ».

Serait-ce que le promettant n'est pas lié lui-même ?

M. GÉNY pense qu'au contraire le disposant a eu *l'intention* de se lier avant ses héritiers, faisant promesse de vendre, sous condition que le fonds ne soit pas vendu au décès.

Et il affirme que la condition est non *purement* potestative (auquel cas l'engagement serait nul en vertu de l'article 1174 du Code civil), mais *simplement potestative*, subordonnant la clause « à des circonstances externes, qui peuvent influencer sur la volonté de l'obligé sans la réduire à un pur jeu d'impression ; et telles sont précisément les circonstances qui peuvent déterminer un propriétaire engagé par une promesse de vente au profit d'un tiers, le bien promis, sans attendre la défaillance de la promesse ».

155. M. CAPITANT (1) n'est pas de cet avis.

« La promesse que je vous fais n'est opposable qu'à mes héritiers. Je m'oblige bien, en ce sens que je vous confère un droit de créance contre ma succession, si le bien en question se trouve encore dans mon patrimoine au jour de mon décès ; mais *je ne m'oblige pas moi-même* à le vendre. Et la conséquence en est que si, avant ma mort, je cède ce bien à une autre personne, je ne suis pas tenu de dommages-intérêts envers le bénéficiaire de cette promesse : celle-ci devient caduque, voilà tout ».

[155] (1) Note D., 1931-2-3, col. 1.

156. Si nous acceptons la conception de la promesse de vente, nous partagerions entièrement cette manière de voir de l'éminent professeur.

Savoir s'il y a engagement du disposant dans une promesse nous semble en effet une question d'intention, au même titre que la recherche de l'élément successoral dans un pacte (voyez développement n^{os} 145 et suivants ci-dessus).

S'il s'agissait d'un bien, existant lors de la passation du contrat et que, nommément désigné, le conjoint promette de le vendre, ou à son défaut ses héritiers, il n'y aurait alors aucun doute sur la validité de la promesse.

Mais, dans notre clause, le bien en question est tout fonds susceptible d'exister au décès, sans qu'on note s'il a actuellement une existence juridique dans le patrimoine du disposant, ou même une simple existence matérielle ; d'autre part, la « faculté d'acheter » s'exerce directement contre les héritiers (1).

[156] (1) GÉNY : note S., 1930-2-58, col. 2.

Faisons d'ailleurs remarquer que l'éminent juriste nous semble envisager le problème sous un angle beaucoup trop restreint, quand il le pose de la façon suivante (*loc. cit.*) :

« Une personne propriétaire d'un bien quelconque (meubles, immeubles, fonds de commerce, part de société) peut-elle valablement convenir avec une autre personne quelconque, que celle-ci aura, au décès de la première, la faculté d'acheter à ses héritiers le bien dont il s'agit pour un prix dont les éléments et modalités sont suffisamment déterminés par le même contrat ».

Ce schéma ne nous semble pas caractériser la clause commerciale.

En effet, le futur époux, dans nombre de cas, n'est pas propriétaire d'un fonds de commerce, lors de sa rédaction.

Ensuite, la qualification de « faculté d'acheter aux héritiers » n'est pas pour nous un postulat : il faut démontrer qu'elle s'applique bien à la nature juridique de notre clause.

Enfin ce n'est pas un bien déterminé que le disposant vise dans sa clause, mais tout « fonds de commerce exploité au décès ».

Nous croyons donc que s'il y a promesse de vente, la clause est nulle comme réalisant une promesse pour autrui.

*Par. 2) Peut-il y avoir nullité pour atteinte
à la réserve ?*

157. Notre clause, toujours envisagée comme promesse de vente, ne serait-elle pas nulle comme portant atteinte à la réserve ?

Ce motif énoncé d'une façon assez confuse dans les premiers jugement (5 avril 1921, n° 107 ci-dessus) et arrêt (15 décembre 1922, n° 108) de Rouen, ainsi que dans le jugement du Tribunal de la Seine du 24 décembre 1928 (n° 111 ci-dessus *in fine*), est invoqué très nettement par la Cour d'Amiens, dans son arrêt du 27 juin 1928 n° 109 ci-dessus) (1).

158. M. CAPITANT, d'autre part, dans sa note au Dalloz sous les jugement et arrêt précités de Rouen (1), estime, lui aussi, que « la clause de prélèvement peut en outre, quand elle concerne un propre, porter dans certains cas atteinte à la réserve », et que « de ce chef, elle se trouvera alors frappée d'une nouvelle cause de nullité ».

« Si la valeur du fonds excède le disponible, les héritiers réservataires... peuvent demander l'annulation de la clause, bien que pourtant ce ne soit pas une libéralité, mais une convention à titre onéreux : c'est qu'en effet la réserve est une partie de la succession à laquelle le défunt ne peut aucune-

[157] (1) Il est repoussé implicitement par le Tribunal de la Seine dans son jugement du 4 juil. 1924 (n° 5 ci-dessus) et explicitement par le Tribunal de St-Quentin (jugement du 13 janv. 1927, n° 9 ci-dessus).

[158] (1) 1923-2, p. 3, col. 1.

ment toucher. Elle doit revenir aux réservataires en nature et non pas seulement en valeur. »

Et, le savant professeur de faire état tout particulièrement d'un arrêt de la Cour de Cassation de Belgique du 7 juin 1906 (voy. n° 1 ci-dessus et la note 8) pour prouver que les actes même à titre onéreux du *de cujus* ne sauraient porter atteinte aux droits des réservataires.

159. Cette opinion, déclare M. GÉNY (1) est « éminemment personnelle » à M. CAPITANT, la jurisprudence citée à l'appui de sa thèse n'ayant « jamais prétendu limiter que des dispositions gratuites et particulièrement des legs universels ».

En outre, la Cour de Cassation de Belgique, base sa décision sur « cette observation, amplement développée par les motifs, que la clause annulée par lui, ne pouvait être considérée comme promesse de vente engendrant contrat de vente impossible entre époux et que c'est bien comme disposition gratuite qu'elle méritait d'être condamnée ».

Enfin, si M. TISSIER, dans sa note sous le jugement rendu par le Tribunal de Gand, le 30 mars 1904 (2), « a admis la nullité de la clause de reprise appliquée, en faveur du survivant... à des biens propres du prémourant, en cas d'atteinte à la réserve en nature, ce n'est que parce qu'il envisageait cette clause comme une libéralité (donation de biens à venir entre époux) et se refusait à y voir une promesse unilatérale de vente ».

160. M. VIALLETON, lui-même (1), pense que le législateur « n'a défendu les réservataires que contre les conséquences des actes gratuits de leur

[159] (1) *Sem. jur., préc.*, 14 juin 1928, p. 731, col. 1, al. 22.

(2) *S.*, 1906-4-33.

[160] (1) *S.*, 1929-1-139, col. 2.

auteur,... d'abord... parce qu'il faut laisser à celui-ci une liberté de mouvements suffisante dans ses opérations patrimoniales. Mais c'est aussi parce que l'intérêt personnel du propriétaire dans la gestion de sa fortune, se confond, par la force des choses avec celui de ses héritiers à réserve ».

Et pour suppléer à cette carence de la loi, il espère que sa théorie nouvelle sur les pactes successoraux (exposé n° 119 ci-dessus), servira « à la protection des droits des réservataires ».

161. M. NAST affirme qu'« il ne saurait être question d'atteinte à la réserve, là où il y a contrat à titre onéreux » (1) et, dans son étude au Répertoire général pratique du notariat (2), il lui semble que les motifs d'annulation comme pacte successoral à titre onéreux et pour atteinte à la réserve, sont nettement « contradictoires, attendu que, si la clause est une promesse de vente, donc un contrat à titre onéreux, elle échappe aux règles légales sur la réserve. Au surplus, ils n'ont pas la même portée, puisque le second ne peut jouer que dans le cas où le défunt laisse des héritiers réservataires et, à supposer que la valeur du fonds excède la quotité disponible ». Il développe cette opinion dans son étude très récente sur le fournissement en nature de la réserve héréditaire (3).

162. M. SAVATIER (1) abonde dans le même sens :
« A-t-on jamais, jusqu'à présent, soutenu que

[161] (1) *Rev. crit.*, 1924, p. 537. Voy. aussi *D. H.*, 1929, p. 38 *in fine*.

(2) 28 févr. 1929, art. 21.939, p. 110, n° 14.

(3) *Rép. gén. prat. not.*, 15 sept. 1931, art. 22.358, p. 557.

[162] (1) *ibid.*, 15 avril 1929, art. 21.997, p. 219, n° 9.

les promesses de vente, consenties par le *de cujus* et ne dissimulant aucune libéralité déguisée, pouvaient être contraires aux droits des héritiers réservataires. La réserve ne se limite-t-elle pas à la protection du réservataire contre les actes gratuits ? »

163. Bref, il semble bien qu'actuellement, cette idée d'atteinte à la réserve par notre clause considérée comme promesse de vente, est complètement abandonnée.

Elle n'était, somme toute, qu'une application avec extension de la notion de pacte successoral (1).

M. CAPITANT, lui-même, ne paraît guère y avoir insisté depuis sa note sous les premiers jugement et arrêt de Rouen.

Nous n'en voulons pour preuve que cette analyse qu'il donne de la réserve, dans son Cours élémentaire si apprécié, publié en collaboration avec M. COLIN (2) :

« Elle consiste dans une part de la succession entièrement et absolument soustraite à la volonté du *de cujus*, en ce sens du moins qu'elle doit être transmise *ab intestat* aux héritiers désignés par la loi, sans que cette transmission puisse être, en quoi que ce soit, modifiée par l'effet des *actes à titre gratuit* émanant du défunt » (3).

[163] (1) Voy. GÉNY : *Sem. jur., préc.*, p. 731, 2^e col., al. 22 et CARPENTIER, dans *R. du N.*, 15 août 1923, n° 19630, 1, p. 201. — Comp. VIGNANCOUR : thèse préc., p. 103, n° 115.

(2) T. 3, 3^e éd. 1925, p. 709, al. 2.

(3) Voy. aussi en ce sens : DEMOLOMBE : t. 19, n° 426-428 ; AUBRY et RAU et BARTIN : t. 11, 5^e éd. 1919, al. 679, p. 12, 2^e et note 2.

*Alinéa 4) LA CLAUSE DOIT-ELLE ÊTRE QUALIFIÉE
DE PROMESSE DE VENTE ?*

164. On peut faire à la théorie de la promesse de vente plusieurs objections :

D'abord celle suivante, que nous relevons dans la thèse si érudite de M. BASSET (1). Elle sera reprise plus tard par M. BÉHIN (2) et M. GÉNY y a répondu dans une de ses récentes notes au SIREY (3).

L'un des caractères de la promesse de vente, énonce M. BASSET, est « de constituer un engagement par le promettant envers le bénéficiaire de livrer son bien à ce dernier », si celui-ci entend profiter de l'option.

Or, si le stipulant, en dépit de l'option consentie, vend le bien à un tiers, cette vente est valable ; mais, de ce fait, le bénéficiaire de la promesse « a le droit de demander des dommages-intérêts au promttant qui s'est mis dans l'impossibilité d'exécuter son obligation ».

Croit-on que l'idée d'une pareille sanction puisse trouver sa place dans un contrat conclu entre époux ?

Prévoyant la réponse possible à son objection, M. BASSET ajoute :

Qu'on ne dise pas que « cette promesse est subordonnée à la condition qu'un fonds de commerce existe au moment du décès du disposant, dans le patrimoine de celui-ci ». Il y aurait dans ce cas *condition potestative* et pour ce motif de nullité : « Pourrait-on admettre une promesse de vente

[164] (1) *Préc.*, n° 164, p. 249 et 259.

(2) *Thèse préc.*, n° 129, p. 148.

(3) *S.*, 1930-2-59, col. 2.

ainsi conçue : je m'engage à vous vendre tel bien, à telle époque, à moins qu'avant cette date, je ne l'aie vendu ou donné à un tiers ».

165. A ceci M. GÉNY répond, comme nous l'avons indiqué n° 154 ci-dessus, que la condition est « simplement potestative », donc valable.

Son argumentation, à cet égard, peut paraître très juste. L'article 1170 du Code civil qui s'applique, comme on s'accorde à le reconnaître (1) à la condition simplement potestative, ne définit-il pas cette dernière : « celle qui fait dépendre l'exécution de la convention d'un événement qu'il est au pouvoir de l'une ou de l'autre des parties contractantes de faire arriver ou d'empêcher » (en l'espèce, la vente par le disposant à un tiers amateur du fonds).

Et l'on ne trouve pas ici (2), le *si voluero*, la faculté pure et simple de se dédire (3) qu'interdit l'article 1130 du Code civil.

166. Cette objection, telle qu'elle a été posée, ne saurait donc empêcher, par elle-même, de voir en notre clause une promesse de vente.

Mais sa portée doit être élargie :

Si le fonds est susceptible d'être *vendu* ou *donné* avant la réalisation de la promesse, sans que, du fait de la condition potestative supposée, il y ait lieu à aucuns dommages-intérêts, il peut aussi périr, être détérioré matériellement, ou démembré

[165] (1) BAUDRY-LACANTINERIE : t. 2, préc., 13^e éd 1925, n° 226, p. 102 et 103. — HÉMARD : *op. cit.*, t. 2, 1929, n° 1624, p. 224 et 225.

(2) Dans le même sens : MACHEREAU : thèse préc., p. 41. — Contra BÉHIN : *loc. cit.*

(3) PLANIOL et RIPERT : *op. cit.*, t. 2, 10^e éd. 1926, p. 494, note 2.

juridiquement, par le fait du promettant, ce qui, dans une promesse de vente pure et simple, expose ce dernier à tenir compte au bénéficiaire de dommages-intérêts (1).

Partant de la même idée que ci-dessus (invraisemblance de stipulation implicite entre époux de dommages-intérêts (2), devons-nous en inférer qu'il y a là aussi condition potestative supposée.

Dès lors, rien ne vient nous permettre de limiter les pouvoirs que s'est réservé le disposant : le contrat ne contient aucune précision à cet égard, et, de l'intention des parties, on ne peut déduire une restriction.

On s'aperçoit, en conséquence, qu'il s'agit d'une véritable *condition potestative pure et simple* (« si j'ai laissé le fonds au décès »), qui, non seulement doit faire conclure à la nullité prévue par l'article 1174 ; mais, jointe à l'idée de promesse pour autrui, développée plus haut (n° 150 et s.), altère au plus haut point la nature de la promesse de vente.

De sorte que, surtout s'il existe une qualification plus satisfaisante de la clause, nous nous voyons obligé d'abandonner une telle conception.

167. D'autres objections d'ailleurs se dressent contre cette même théorie.

Nous n'insisterons pas sur ce fait que la *transmission* de la promesse aux héritiers du bénéficiaire, ou même la transmission entre vifs, normales dans la promesse de vente (1) ne saurait s'ap-

[166] (1) PLANIOL, RIPERT et ESMEIN : t. 6, obligations 1^{re} partie, 1930, p. 204, n° 154 *in fine*. — AUBRY et RAU : t. 5, 1907, al. 349, p. 7.

(2) GÉNY : note préc. S., 1930-2-59, col. 1.

[167] (1) PLANIOL, RIPERT et ESMIN : t. 6, préc., n° 150, p. 196. — AUBRY et RAU : t. 5, préc., p. 7, note 11 *bis*.

pliquer à notre clause ; ce à quoi on pourrait répondre, toujours par interprétation supposée de la volonté du disposant, que la stipulation est faite *intuitu personæ*.

168. Mais nous voulons, avec M. MAUX (1), préciser ce point que « le bénéficiaire normal n'a sans doute qu'un droit éventuel, mais le promettant étant lié, il peut, par exemple, accomplir certains *actes conservatoires* de son droit ».

Voici ce que nous dit à cet égard M. DEMOGUE, dans son savant traité des obligations (2) :

« Le titulaire du droit imparfait que nous étudions... peut, avant que son droit ne soit complet, accomplir des actes conservateurs de son droit : inscrire une hypothèque, son droit de gage sur un fonds de commerce, signifier une cession de créance au débiteur, même, agir en justice pour établir l'existence de son droit, dont la preuve lui serait peut-être difficile plus tard ».

MM. PLANIOL, RIPERT et ESMEIN (3) vont plus loin :

« Il peut même demander qu'il soit interdit au promettant de poursuivre des actes par lui entrepris, dont le résultat serait de faire disparaître l'objet du contrat promis, ou de lui enlever les qualités prises en considération lors de « promesse ».

Or, comment appliquer tous ces faits à notre clause, sans violer, non pas seulement l'intention des parties, mais la nature même des conventions entre époux.

[168] (1) *Thèse préc.*, p. 246, n° 22.

(2) T. 2, 1923, n° 507, p. 74.

(3) T. 6, 1930, *préc.*, n° 150, p. 197.

169. Signalons enfin une remarque de M. BÉHIN (1).

Il lui paraît choquant et nettement contraire à la volonté du disposant qu'on ne puisse appliquer à la clause, avec la conception de la promesse de vente, les dispositions de l'article 299 du Code civil, enlevant à l'époux contre lequel le divorce a été prononcé « tous les avantages que l'autre époux lui avait faits ».

Nous ne retiendrons pas cette objection, la plupart des contrats de mariage ne prévoyant que le cas de dissolution du mariage « par décès de l'un des époux », considérant toutefois qu'elle vaut pour le cas de séparation de corps (voy. n° 239 ci-dessous).

170. Nous nous sommes placés, jusqu'à présent, au point de vue de *l'intention* des parties, et nous avons conclu que la promesse de vente entraîne des conséquences nettement contraires à cette intention, telle que, du moins, elle peut être normalement supposée entre époux. Et nous n'avons pu admettre le correctif de la condition simplement potestative.

Nous voulons maintenant prouver que cette qualification ne correspond pas, non plus, au *but* de la clause, tel qu'il ressort des termes mêmes employés.

Pour ce faire, il suffit d'examiner en quoi consisté la promesse de vente.

Son but, nous disent MM. AUBR'Y et RAU (1) est de conférer, jusqu'à réalisation, « un simple droit

[169] (1) *Thèse préc.*, n° 156, p. 180.

[170] (1) T. 5, 1907, al. 349, p. 7.

de créance (*jus ad rem obtinendam*) non opposable à des tiers de bonne foi ».

Et tous les partisans de la qualification de promesse de vente (2) sont d'accord pour reconnaître dans notre clause ce caractère de droit de créance, ne différant d'opinion qu'en ce qui concerne les sujets passifs du droit (le *de cujus* et ses héritiers pour les uns ou les héritiers seulement, pour les autres).

171. Remarquons d'abord que, dans le cas où la clause est « à titre purement ou partiellement gratuit », ces mêmes partisans de l'idée de promesse de vente, ne font aucune difficulté pour admettre qu'il y a alors donation de biens à venir portant sur le fonds de commerce (voy. note 3 sous n° 92).

N'y a-t-il pas là une véritable contradiction ?

Pour notre part, il nous semble difficile d'admettre que la clause « à titre onéreux » réalise une dation de *droit de créance* (promesse de vente), alors que, sans que la rédaction en soit changée et par simple suppression de la contrepartie à fournir aux héritiers, la clause « à titre gratuit » constitue une dation de *droit réel* (donation).

Nous ne pouvons que répéter ce que nous disions lors de notre analyse de la thèse de M. DUPUIS (donation de la faculté de prélèvement (voy. n^{os} 80 et suiv. ci-dessus) :

(2) CAPITANT : *D.*, 1923-2-2. — *Rev. crit.*, 1927, *extr. préc.*, p. 48, n° 38. — *D.*, 1929-2-106, col. 1. — *D.*, 1931-2-3, col. 1. — GÉNY : *Sem. jur., préc.*, al. 10. — *S.*, 1930-2-58, col. 2. — NAST : *Rép. gén. prat. not.*, 28 févr. 1929, art. 21.939, al. 7.

Le « droit » ou la « faculté » conférés par la clause est non pas un droit d'acquérir, droit de créance, mais un droit de « conserver », ce qui désigne, en termes impropres il est vrai, mais d'une façon certaine cependant, un droit absolu opposable à tous, un droit réel en un mot.

Nous renvoyons à ces développements (n° 82), pour le parallèle établi entre ces deux sortes de dispositions, et le choix que nous avons fait à cet égard de la clause, en ce qu'elle porte sur le fonds et de la promesse de bail y contenue.

Enfin, nous tenons à insister à nouveau, sur ce fait que l'option, passée en exécution de la clause, est un acte purement déclaratif (n° 83) ce qui vient corroborer notre opinion que la clause, par elle-même, opère attribution d'un droit.

Nous ne pouvons, en conséquence, que répudier la conception de la promesse de vente.

ARTICLE II

THÉORIE DE LA VENTE SOUS CONDITION

172. De prime abord, la notion de vente sous condition paraît, mieux que la précédente, correspondre à la nature juridique de notre clause.

Ne réalise-t-elle pas, en effet, la *dation d'un droit réel*, et ne semble-t-il pas logique d'admettre que la clause réalisant à titre gratuit une donation, constitue, à titre onéreux, une vente.

Le Tribunal de Saint-Quentin adopte cette qualification dans son jugement précité (n° 9) du 13 janvier 1927 (1).

Il s'agissait de la disposition d'un contrat de mariage attribuant « au survivant des futurs époux qui ne fait pas connaître dans les quatre mois du décès de son conjoint, qu'il n'entend pas user de cette faculté, l'exploitation agricole en cours dont la valeur serait fixée par experts ».

La clause envisagée, « application à une exploitation agricole de la clause généralement appliquée aux fonds de commerce, dans les contrats de

[172] (1) Faisons remarquer, à cet égard, que le Tribunal de Rouen, qui ne paraît pas très fixé, semble dans son jugement du 5 avril 1921 (voy. n° 107 ci-dessus) pencher pour l'idée de vente sous condition, mais adopte finalement l'idée de promesse de vente.

Voici ses motifs : « Attendu que les termes mêmes de la clause d'option précisent nettement qu'il s'agit en l'espèce d'un acte à titre onéreux, de la *cession* ou *promesse de vente* d'un bien propre dépendant de la succession du mari, bien qui n'est pas attribué à la femme gratuitement, mais moyennant le paiement d'une somme représentant sa valeur, les parties étant d'accord sur la chose et le mode de fixation du prix (art. 1.583 et 1.592 du C. civ.) ».

mariage entre commerçants », constitue, pour le Tribunal, « moins une promesse de vente, qu'une *vente sous condition de survie*, avec faculté de dédit dans les « mois du décès du prémourat » et le dit Tribunal n'y trouve pas les éléments d'un pacte successoral prohibé (voy. note 211 ci-dessus).

173. On ne saurait reprocher à cette conception de conduire à la nullité de notre clause contenue au contrat de mariage, comme *vente entre époux*.

Pour soutenir une telle opinion, il faudrait admettre que « les règles restrictives établies par la loi, contre certaines opérations, plus ou moins suspectes entre époux, régissent les mêmes opérations entre futurs époux, depuis et compris le contrat de mariage, jusqu'à la célébration civile de l'union » (1).

Il y aurait de la sorte « généralisation téméraire » du texte des articles 1404 et 1595, « étant certain que notre législation tient les futurs époux pour indépendants l'un de l'autre et, pour ce motif notamment, les laisse libres de se consentir des donations irrévocables, à plus forte raison, tous autres contrats, qui peuvent être suspects, conclus au cours du mariage » (2).

174. Par contre, il semble bien difficile d'échapper à l'objection du *pacte sur succession future* ; nous sommes alors en présence d'une application de l'article 1600 aux *pacta de succedendo* » (1).

[173] (1) GÉNY : *Sem. jur.*, 14 juin 1928, préc., p. 732, col. 2. — Voy. aussi SAVATIER : *Rép. gén. prat. not.*, 15 août 1929, art. 21.997, préc., p. 219, n° 10.

(2) GÉNY : *loc. cit.*

[174] (1) CAPITANT : note D., 1931-2-5, col. 2 *in fine*. — Voy. aussi n° 148 ci-dessus.

L'*intention* du disposant paraît, en effet, bien nette de conférer des droits successoraux à son conjoint, « des droits éventuels à l'hérédité ».

Outre qu'il s'agit d'un « bien à venir », d'un bien envisagé seulement comme devant exister au décès, on demande au conjoint de tenir compte aux héritiers de *leur part* dans sa valeur (voy. n° 27 ci-dessus), en *l'imputant sur le montant de ses droits* « tant en pleine propriété qu'en usufruit, soit dans la communauté, soit dans la *succession* du prédécédé ».

Peut-on trouver mieux formulé le « titre successif » (n° 146 ci-dessus), surtout depuis que la loi du 9 mars 1891 appelle l'époux survivant à recueillir, comme *successeur* (2) irrégulier il est vrai, une part en usufruit dans la succession du défunt.

175. Mais, précisément cette imputation sur le montant des droits de succession du conjoint, qui ne ressemble nullement à un *prix*, élément essentiel de la vente (1), ne nous engage-t-elle pas à quitter le domaine des contrats à titre onéreux.

Et ne nous conduit-elle pas, tout naturellement, sur un terrain bien différent, qui semble mieux convenir, s'agissant de conventions passées par contrat de mariage entre deux futurs époux, qui, ne l'oublions pas, vont fonder une famille : le terrain de l'institution d'héritier.

(2) COLIN et CAPITANT : t. 3, préc., p. 409. — PLANIOL et RIPERT : t. 3, préc. p. 426, n° 1870. — BAUDRY-LACANTINERIE : t. 3, préc., p. 583. — HÉMARD : t. 3, préc., p. 265, n° 2.787.

[175] (1) PLANIOL et RIPERT : *op. cit.*, t. 2, p. 489, n° 1374. — BAUDRY-LACANTINERIE : *op. cit.*, t. 2, p. 339, n° 747. — HÉMARD : *op. cit.*, t. 2, p. 337, n° 1857.

176. Dans un article préliminaire, nous examinerons la théorie de la « donation de la faculté de reprise » sous ses divers aspects.

Puis (art. 1), nous exposerons la théorie de la « donation de biens à venir avec charge » et les différentes objections qui ont pu lui être faites.

Enfin, dans un dernier article, nous proposerons notre analyse de la clause, recherchant quels caractères nous paraît revêtir l'institution contractuelle en droit français moderne (alinéa 1) ; et nous efforçant (alinéa 2) de prouver que cette notion juridique est la seule capable de qualifier parfaitement notre clause (§ 1), surtout depuis la loi du 9 mars 1891 (§ 2).

CHAPITRE III

LA CLAUSE RESSORTIT-ELLE AU DROIT DES SUCCESSIONS

ARTICLE PRÉLIMINAIRE

THÉORIE DE LA « FACULTÉ DE REPRISE »

177. Cette théorie prend sa source, à notre connaissance, dans une dissertation de M. VAN DEN BOSSCHE, parue dans la *Flandre judiciaire* (1), sur le droit de reprise par le survivant de tout bien propre à l'époux prémourant.

M. TISSIER, dans sa note, si souvent citée, sous le jugement du Tribunal de Gand (2), caractérise très heureusement la théorie de M. VAN DEN BOSSCHE, en ces termes :

Il « a soutenu, d'une part, que la clause constitue une donation avec charges, l'objet donné étant la faculté de prendre les biens et le paiement de la valeur de ces biens étant la charge, mais, d'autre part, que l'avantage conféré échappe cependant à toute critique, parce qu'il n'a pas de valeur appréciable et n'est pas susceptible de réduction ».

[177] (1) 1902, col. 465 et s.

(2) S., 1906-4-34, col. 2.

178. Un des praticiens les plus éclairés du notariat, M. FRANCK DEYZAC, donne de la clause (1) une explication semblable, qu'il précise d'ailleurs, empruntant à un arrêt récent de la Cour de Cassation (Chambre civile) (2) les termes de son argumentation.

Il croit y trouver « l'expression juridique de l'exactitude » de sa théorie.

Voici quels étaient les faits de la cause :

Deux époux mariés sous le régime de la communauté de biens réduite aux acquêts, s'étaient rendus acquéreurs, au cours de leur mariage, d'une moitié d'immeuble indivise avec un tiers.

Le mari décéda sans laisser d'enfants. Aux termes de son testament, il instituait sa femme pour sa légataire universelle en usufruit, et ses deux neveux pour ses légataires en nue propriété ; après quoi, il accordait au tiers coïndivisaire « faculté d'acquérir la moitié » appartenant à la communauté dans l'immeuble acquis au cours du mariage.

La liquidation partage des communauté et succession attribua cette même moitié à la femme, qui, postérieurement la vendit à un des légataires en nue propriété. Ce dernier s'empressa d'assigner en partage de l'immeuble le coïndivisaire, qui résista, offrant de réaliser, conformément à la faculté que lui accordait le testament, l'achat de la part autrefois acquise par la communauté.

[178] (1) *J. du N.*, 10 déc. 1928 : *La clause de conservation par le conjoint survivant du fonds de commerce ou des droits sociaux propres à l'époux prédécédé*, p. 753 et s.

(2) 21 juin 1927 : *Rec. civ. et not. des jurisc.*, 5 nov. 1927, p. 355. — *J. N.*, 20 janv. 1928, art. 35.315, p. 45 et note de M. CHASSAGNADE-BELMIN. — *J. du N.*, 10^e déc. 1928, p. 765.

Le Tribunal et la Cour d'Appel (3) avaient accueilli la prétention du coïndivisaire.

Bien que, reconnaissant dans la disposition testamentaire, une simple promesse de vente au profit du coïndivisaire, ils considéraient, pour trois raisons, la situation de ce dernier comme intangible.

La Cour de Cassation va réfuter ces motifs point par point.

Tout d'abord, la coïndivisaire, par la promesse de vente, n'acquérant qu'un droit personnel contre le promettant, l'immeuble se trouvait libre de toutes charges entre les mains de la veuve attributaire, qui pouvait le transmettre comme bon lui semblait.

Puis le légataire en nue propriété n'était pas, par rapport à l'immeuble qu'il avait acquis de la veuve, l'ayant cause du défunt, donc, n'avait de ce chef aucune obligation.

Enfin, la promesse faite par testament n'avait pu devenir synallagmatique par l'acceptation du bénéficiaire, « et se transformer en contrat, puisqu'elle ne constitue qu'une disposition faite par testament ».

M. DEYZAC se base sur l'attendu suivant :

« La promesse de vente d'un immeuble de communauté faite par testament de l'époux, ne constitue pas la donation testamentaire d'un effet de la communauté prévue par l'article 1423 du Code civil ; elle se résout pour l'auteur de la promesse en une obligation purement personnelle et, par suite, pour le bénéficiaire de la promesse, en un droit éventuel de créance, qui peut ou non sortir

(3) *Cour de Paris*, 25 novembre 1924.

à effet, au décès du testateur, suivant les modalités du partage de sa succession ou de la communauté ».

Et il tente d'établir un parallèle entre la situation du tiers bénéficiaire d'une promesse de vente par testament, dont s'agissait au procès, et le conjoint survivant bénéficiaire d'un droit de prélèvement.

D'abord, il assimile assez hardiment (voy. n° 175 ci-dessus) le prix à verser par le tiers à la contrepartie à effectuer par le conjoint.

Puis, il fait la remarque suivante, inférant non moins hardiment d'une disposition par testament à une disposition par contrat (4) :

« L'obligation de vendre avait été imposée par le testateur à ses héritiers, sans qu'il s'y obligeât lui-même, tout comme le conjoint réclame des héritiers de son époux prédécédé, l'exécution d'une promesse à laquelle celui-ci ne s'était pas personnellement engagé ».

Et il conclut :

« De même que la Cour de Cassation a considéré la disposition testamentaire » dont s'agit « comme étant un legs de la créance d'une obligation de faire, de même est-on autorisé à dire que la clause de conservation par le survivant des époux du fonds de commerce ou des droits sociaux, qui dépendront de la succession du prédécédé, constitue une donation mutuelle et réciproque de la créance d'une obligation de faire, créance consistant dans le droit d'obliger les représentants de son conjoint à lui vendre ce fonds de commerce ou lui céder ces droits sociaux ».

(4) Voy. MAUX : thèse préc., n° 21, 10°, p. 245.

Il exposera cette même théorie dans une consultation (5) donnée à l'occasion d'un procès alors pendant devant la Cour de Paris, suivi de l'arrêt précité (n° 17) du 21 février 1930.

179. M. VAN DE VORST (1) soutient en substance la même thèse, mais il a garde de se prévaloir de l'arrêt de la Cour de Cassation.

Le distingué professeur estime que la donation de biens à venir peut, comme le testament, « avoir pour objet une simple créance contre les héritiers » et que cette créance peut, elle-même « avoir pour objet une obligation de faire, conformément à l'ancien adage : *non solum res possunt legari, sed etiam facta* ».

Or la clause de reprise attribue, nous dit-il « à titre gratuit, donc à titre de donation, une créance, *jus ad rem*, qui entraîne l'obligation pour les héritiers de céder le bien en question moyennant le prix à déterminer par expertise.

La clause de reprise est ainsi une institution contractuelle à titre particulier ayant pour objet une créance contre les héritiers ».

M. VAN DE VORST s'appuie sur une décision de l'Administration de l'Enregistrement de Belgique (2), dont il cite le passage suivant ;

« Cette convention constitue un simple engagement unilatéral dont l'objet immédiat et direct consiste uniquement dans l'avantage, dans l'utilité que pourra avoir le survivant des époux à repren-

(5) Cette consultation a été publiée dans *J. du N.*, 25 fév. 1930, p. 97 et s.

[179] (1) *J. du N.*, 10 juil. 1930, p. 437 et s.

(2) Décision du 10 septembre 1890 : *Rec. gén.* n° 11.508.

dre tous ou certains biens communs aux conditions stipulées ; engagement unilatéral qui confère à l'époux survivant, pour le moment où la communauté sera dissoute, non un droit de propriété, un droit réel, *jus in re*, mais un simple droit de créance, *jus ad rem obtinendam*, contre les héritiers du prémourant ; engagement unilatéral qui pourra être un élément d'un contrat translatif ou déclaratif de propriété, si le stipulant vient à manifester la volonté de devenir propriétaire, mais qui ne constituera jamais le contrat lui-même ».

M. VAN DE VORST en conclut que le « *jus ad rem* deviendra *jus in re*, par l'exercice du droit de reprise ».

Mais il ne répudie pas l'idée de donation de droit réel avec charge, reconnaissant qu'il est délicat de décider « si la mutation de la propriété du bien repris a lieu par décès, directement du chef du prémourant sur celui du survivant » ou si elle « a lieu entre vifs du chef des héritiers sur celui du survivant ».

180. Nous rappelons, enfin, que M. DUPUIS, dans sa thèse précitée (1), s'est montré partisan convaincu de la conception de la faculté de prélèvement, au point de l'étendre, logiquement semble-t-il, au cas où la clause est à titre purement gratuit (voy. n° 80 et suivants).

181. Il nous semble qu'on peut faire, sur le droit et sur le fait, à la théorie de la donation de faculté de reprise, exactement les mêmes objec-

[180] (1) p. 90 et s. — M. MACHEREAU (thèse préc., p. 46) s'était aussi prononcé pour la conception de M. Van den BOSSCHE.

tions que celles apportées à la thèse de la promesse de vente.

Les éminents interprètes de notre clause n'ont-ils pas établi, eux-mêmes, un rapport d'équivalence entre ces deux notions ? (voy. n° 170 et la note 2 sous le n° 170 ci-dessus).

Nous reprocherons à la donation de la faculté d'acquérir, de mettre, par contrat, une obligation (transférer la propriété d'un bien) à la charge d'un tiers (héritier), ce qui constitue une véritable promesse pour autrui (voy. n° 156 ci-dessus).

182. On nous fera valoir que la Cour de Cassation a bien jugé valable le legs de la faculté d'acquérir.

Ce à quoi nous répondrons qu'il est évidemment permis par un legs, acte unilatéral, expression des dernières volontés du *de cujus*, d'imposer une charge à ses héritiers (1), mais que cela ne nous paraît pas possible par une donation, contrat entre vifs, sans enfreindre les règles dictées par l'article 1119 du Code civil (2).

183. On nous rétorquera, alors, qu'il s'agit d'une donation de biens à venir, d'une institution contractuelle (1).

[182] (1) *Cass. civ.*, 21 juin 1927, préc. et note H. MOREAU dans *Rec. civ. et not. juriscl.*, 5 nov. 1927, p. 355. — Trib. Moulins, 14 févr. 1923, et note sous led. dans *Sem. jur.*, 1^{er} févr. 1931., p. 132. — BAUDRY-LACANTINERIE : t. 3, préc., p. 635, n° 1189.

(2) Voy. nos 150 et s. ci-dessus et MAUX (thèse préc. p. 245), à qui il paraît impossible d'assimiler le legs avec charge et la « convention onéreuse incluse dans un contrat de mariage ». Voy. aussi la note préc. de M. MOREAU, où le distingué juriste tient un raisonnement semblable au nôtre, s'en référant toutefois à l'art. 1130, au lieu de l'art. 1119.

[183] (1) Van de VORST : *op. cit.*, p. 441.

Nous répondrons que nous ne pouvons supposer une institution contractuelle ne portant pas sur une transmission directe de propriété (sauf évidemment pour le cas de sommes d'argent ou de choses de genre) (2).

En droit français, les dispositions par contrat sur succession future sont, en principe, prohibées, et ce n'est que par exception qu'elles sont permises ; il convient dès lors, de leur appliquer des règles « d'interprétation stricte » (3).

Or, le Code civil vise, dans les donations de biens à venir, uniquement les donations de droits réels.

De ce fait, la « donation de la faculté d'acquérir » ne peut réaliser qu'une disposition entre vifs conférant un droit contre un tiers, nulle par conséquent comme contrevenant à l'article 1119 du Code civil.

184. Poursuivant l'assimilation des théories de la « promesse de vente » et de la « donation de la faculté d'acquérir », nous allons maintenant démontrer que dans la seconde comme dans la première, l'idée de donation, *stricto sensu*, est entièrement absente.

Une promesse de vente peut être accordée de deux façons : ou bien à titre gratuit, c'est la règle générale ; ou bien à titre onéreux, c'est l'exception.

(2) C'est d'ailleurs ce qui paraît résulter du jugement précité du Tribunal de Moulins, dont voici un des attendus : « Attendu qu'une distinction s'impose entre la *donation*, qui transmet la *propriété* par le seul fait de la mort du donateur, et le *legs du droit d'acquérir*, qui transmet au bénéficiaire non la propriété, mais la simple *faculté d'acquérir* ».

(3) PLANIOL et RIPERT : t. 3, préc., p. 892, n° 3.165.
— BAUDRY-LACANTINERIE : t. 3, préc., p. 705, n° 135.

Quand elle est conférée à *titre gratuit*, et que le bien en faisant l'objet est promis, sciemment, pour un *prix inférieur à sa valeur*, il n'y aura libéralité qu'à la réunion des trois éléments requis pour la constitution d'une donation (intention libérale, appauvrissement du donateur, enrichissement du donataire. (Voy. n° 78 ci-dessus), donc à la réalisation du contrat.

Mais si « l'option », toujours accordée à *titre gratuit*, promet le bien pour sa *valeur vénale réelle*, établie par exemple à dire d'experts, il n'y aura donation ni actuellement, ni à la levée de la promesse, l'intention libérale et l'appauvrissement du donateur faisant entièrement défaut.

Quant aux avantages de convenance, de sentiment ou de pur fait, de même que tous profits d'ordre incorporel, ils nous paraissent totalement insuffisants, par eux-mêmes, à constituer une donation. Ils contribuent bien à l'enrichissement du donataire, mais sans causer l'appauvrissement du donateur (1) : leur nature même y répugne puisque, par définition, ils sont quelque chose d'essentiellement relatif (2). Principalement, la valeur de convenance ou de sentiment sur laquelle insiste M. VAN DE VORST (*loc. cit.*) n'est autre, croyons-nous, que cette utilité subjective, qui est à la base de tout marché.

[184] (1) Dans le même sens, CAPITANT : 1931-1-7, col. 1 et 2. — Contra VAN DE VORST : *op. cit.*, p. 442. — FRANCK DEYZAC : *J. du N.*, 25 févr. 1930, préc., p. 97.

(2) Nous tenons à faire observer que, si la promesse, elle-même, est parfois conférée à *titre onéreux*, c'est que, tenant compte des avantages de convenance qui peuvent en résulter pour l'acquéreur, on lui fait payer plus que la valeur vénale du bien, ce qui réaliserait, à la passation du contrat, une donation en sens inverse, si l'intention libérale n'était pas absente chez l'acquéreur.

La dation de la faculté d'acquérir, de même que la promesse de vente, ne saurait donc jamais constituer une donation.

185. Nous n'insisterons pas plus longtemps sur cette idée, puisque nous avons fait remarquer que, même si elle réalisait une libéralité, la dation de la faculté d'acquérir serait nulle comme promesse pour autrui.

Nous nous bornerons à rappeler que les termes de la disposition joints à l'intention des parties, nous obligent à y voir non une dation de droit de créance, mais un transfert direct de propriété (1).

[185] (1) Voy. nos 78 à 84 et 170 ci-dessus, et, dans le même sens, BÉHIN : *op. cit.*, p. 161.

ARTICLE I

THÉORIE DE LA DONATION DE BIENS A VENIR
AVEC CHARGE

186. Dès avant l'ouverture de la controverse, M. TISSIER s'était prononcé pour l'idée de « donation de biens à venir soumise à des charges » (1).

187. C'est cette même interprétation qu'adopte M. NAST, lors de la parution de sa première note à la Revue critique de législation et de jurisprudence (1).

A son avis, « la clause ne contient pas une promesse de vente, mais une donation de biens à venir avec charge », laquelle est assimilable à « un legs particulier irrévocable : son but et sa nature sont les mêmes, avec cette différence qu'elle ne peut être révoquée du moins par l'effet d'actes à titre gratuit ».

Et il termine faisant observer que « legs ou donation, l'intention du prémourant est la même avec cette seule différence que, dans le second cas, sa volonté est irrévocable et les deux procédés juridiques qui lui sont ouverts pour réaliser son intention sont de la même nature ».

188. Dans une note parue à la même revue (1), il rappelle son précédent examen doctrinal, où il a admis la validité de la clause « comme constituant une donation de biens à venir avec charges ».

[186] (1) Note au S., 1906-4, p. 34, col. 3

[187] (1) 1924, p. 534 à 540.

[188] (1) 1925, p. 256 à 258.

« Le Tribunal civil de la Seine, nous dit-il, adopte cette interprétation (2). Mais, en outre, il s'est efforcé d'établir que la clause ne constituait pas un pacte successoral. Sur ce point, il est difficile de le suivre : la clause quand elle porte sur un propre de l'époux prémourant est certainement un pacte sur succession future. Si cependant, elle n'est pas nulle malgré l'article 1389, c'est que les donations de biens à venir, qui sont des pactes successoraux, sont permises exceptionnellement entre époux ».

189. Mais paraît la savante dissertation de M. GÉNY, qui entend combattre M. CAPITANT, sur son propre terrain : celui de la promesse de vente.

M. NAST hésite alors : Lui faut-il abandonner sa théorie et se ranger à celle du contrat *post mortem* ?

Dans une étude parue au *Répertoire général pratique du notariat* (1), il nous répète que « ce qu'il est permis de faire par testament doit l'être aussi par voie d'institution contractuelle », la donation de biens à venir n'étant « au fond qu'une sorte de disposition à cause de mort ».

Toutefois, considérant les « inconvénients assez graves » (2) de cette interprétation, il croit, « après un nouvel examen de la question..., devoir se rallier à la seconde justification de la validité de la clause

(2) Par son jugement du 4 juillet 1924 (n° 97 ci-dessus). Il convient cependant de se souvenir que le Tribunal avait à statuer sur une clause de reprise « à titre partiellement gratuit ».

[189] (1) 28 février 1929, art. 21.939, p. 111, n° 16.

(2) La clause est, en effet, dans ce cas, inefficace pour la part de la réserve ; elle est « révocable pour ingratitude et devient même caduque de plein droit dans le cas prévu par l'art. 299.

commerciale qu'a défendue avec talent et vigueur, M. le doyen GÉNY ».

Sa conclusion n'est pas décisive (3) :

La clause « est une promesse de vente, si l'attribution est subordonnée au paiement de la valeur intégrale du fonds, à moins que, même dans ce cas, on ne préfère la considérer comme une donation de biens à venir ».

190. Il incline d'avantage pour l'idée de promesse de vente, dans sa note au DALLOZ hebdomadaire (1).

« Au surplus y a-t-il quelque *inelegantia juris* à traiter comme une donation le transfert d'un bien moyennant le paiement de sa valeur intégrale, et l'interprétation à laquelle je m'étais naguère rallié, ne peut-elle valoir que comme un pis-aller, comme un procédé légitime sans doute, mais artificiel, destiné à éviter l'application d'une règle surannée et, en l'espèce, contraire aux nécessités pratiques ».

Et le distingué professeur, par un revirement complet d'opinion (voy. n° 188), prétend que « le propriétaire du fonds n'a nullement l'intention de faire de son conjoint un héritier, mais un créancier d'une obligation de faire » (2).

(3) *Op. cit.*, p. 115.

[190] (1) 1929, p. 39.

(2) Dans sa note à la *Rev. crit.* (nov.-déc. 1930, p. 532 et s.), M. NAST s'en réfère purement et simplement à ses études antérieures. Et dans sa dernière dissertation au *Rép. gén. prat. not.* (15 sep. 1931, art. 22.858), il se borne à constater, étudiant la nature de la réserve, qu'« on tend de plus en plus à voir dans la clause de prélèvement une promesse de vente subordonnée au décès du promettant ».

191. M. GÉNY, lui-même, n'est aucunement hostile à l'idée de donation avec charge :

« Il est d'ailleurs certain en fait, écrit l'éminent doyen (1), que la clause commerciale, même quand elle ne répond pas à la notion étroite de la donation entre vifs (art. 894 du Code civil français), constitue, à tout le moins, un avantage non susceptible peut-être d'une évaluation pécuniaire, mais, du moment qu'elle est contenue dans un contrat de mariage, mérite à cette condition de bénéficier des dispositions libérales des articles 1082 et 1098 du Code civil ».

Il ne lui paraît pas « y avoir difficulté à admettre, dans les mêmes conditions, une institution contractuelle à titre onéreux, véritable disposition à cause de mort, consacrée par la loi au profit des futurs époux, par contrat de mariage et ne dérivant du testament que par son irrévocabilité relative. Les objections purement formelles qui ont été opposées à ce point de vue n'en sauraient altérer la vérité profonde.

C'est, peut-on dire, pour ne pas paraître se dérober, sur le terrain où M. CAPITANT voulait placer la discussion, que, préférant « ne pas insister sur ce point de défense purement subsidiaire », M. GÉNY adopte la théorie de la promesse de vente.

192. Dans sa dernière note au SIREY (1), il fait encore remarquer combien l'idée de donation avec charge est plausible, dans l'interprétation de notre clause :

[191] *Sem. jur.*, 7 juin 1928, p. 705, col. 2.

« Sans aller jusqu'à dire avec M. l'avocat général DUMAS, qu'il y a « absurdité juridique » à « interdire à titre onéreux ce qu'on est obligé de déclarer valable à titre gratuit », il faut convenir qu'il est étrange d'exclure du domaine de l'institution contractuelle entre époux, des dispositions manifestement inspirées d'une intention libérale, sous prétexte qu'elles ne se réalisent que contre indemnité, alors surtout qu'on admet à ce titre des donations affectées de charges, telles que leur caractère gratuit apparaît purement nominal ».

Done, tout comme M. NAST, si M. GÉNY adopte la théorie de la promesse de vente, c'est, en grande partie, pour combattre M. CAPITANT avec ses propres armes, car les savants juristes ne répudient pas, loin de là, l'idée de donation avec charge.

193. Nous allons retrouver, dans le traité de MM. PLANIOL, RIPERT et NAST, l'opinion première de M. NAST.

On peut, disent ces savants auteurs (1), voir, dans la clause commerciale, une « donation de biens à venir portant sur un bien déterminé, à charge de payer une certaine somme aux héritiers du prémourant, donc une donation avec charge. Si on admet cette interprétation, la clause est certainement valable, dans la mesure du moins de la quotité disponible, les héritiers réservataires ayant le droit d'exiger en nature leur réserve ».

194. Il n'est pas jusqu'à M. SAVATIER, qui n'incline à cette même opinion :

[193] (1) Tome 8 : *Rég. matr.*, 1^{re} partie, 1925, p. 46, note 2 *in fine*.

[194] (1) *Rép. gén. prat. not.*, 15 avril 1929, art. 21.997, p. 218 et 219, al. 8.

« Du moment que la loi, écrit le savant professeur (1), permet aux époux entre eux, des clauses modifiant aussi radicalement leur succession que les institutions contractuelles, il serait vraiment paradoxal qu'elle ait entendu leur défendre des clauses ne différant des institutions contractuelles que parce qu'elles en sont un diminutif ».

195. Nous devons citer également M. BÉHIN qui, dans sa thèse (1), se prononce nettement pour l'idée de donation avec charge et M. VIGNANCOUR qui, bien que partisan de la conception de la convention de mariage (voy. n^{os} 64 et suiv. ci-dessus) croit que la « solution » de l'institution contractuelle respecte aussi « l'intention des parties contractantes » (2).

196. Quelles sont les critiques apportées à cette conception de la donation de biens à venir avec charge ?

Nous n'en avons trouvé, à dire vrai, qu'un très petit nombre dans les dissertations relatives à la nature juridique de notre clause :

Tout d'abord on objecte que cette dernière ne contient pas l'élément libéralité.

« Qu'il n'y ait pas libéralité, pense M. CAPITANT (1), cela saute aux yeux, car la libéralité suppose nécessairement un appauvrissement du donateur et un enrichissement du donataire, ce qui ne se rencontre pas ici, puisque le conjoint survivant paye la valeur du fonds fixée par les experts au

[195] (1) p. 159, n^o 138.

(2) p. 88.

[196] (1) *D.*, 1923-2-1 *inf.*

(2) *D.*, 1930-2-7, col. 2 *inf.*

moment du décès. L'acte est évidemment un acte à titre onéreux, et ce serait dénaturer la clause, en méconnaître les termes, prêter au promettant une intention qu'il n'a jamais eue que de transformer son engagement en une donation » :

Le savant professeur précise son argumentation dans sa note critique de l'arrêt de la Cour de Rouen du 28 octobre 1930 (2).

« Pour qu'il y ait donation, il faut que le donateur s'appauvrisse, c'est-à-dire, qu'une valeur passe de son patrimoine dans celui du donataire. Or le profit que vise l'arrêt ne constitue pas une valeur sortie du patrimoine de l'époux prédécédé » (profits incorporels et de convenance).

197. La deuxième objection toujours formulée par M. CAPITANT (1), vise la volonté des parties :

Dire que les futurs époux ont voulu s'avantager paraît à l'éminent juriste « une simple affirmation que les termes mêmes de la convention démentent, car ceux-ci prouvent que l'époux n'a pas voulu faire à son conjoint une libéralité au détriment de ses héritiers, puisqu'il lui a imposé l'obligation de payer la valeur estimative du fonds ».

198. Enfin, la troisième objection, la plus fouillée parce que s'attaquant à la « meilleure argumentation qui ait été jusqu'ici présentée pour soutenir que la clause est une libéralité » (CAPITANT, *loc. cit.*), prétend qu'on ne saurait assimiler la donation de biens à venir avec charges, au legs à titre onéreux.

[197] (1) *Rev. crit. extr. préc.*, p. 47, n° 37. — M. VIALLETON (*R. c.* 1924, p. 406) affirme, mais sans en donner les preuves que l'interprétation en libéralité avec charge « travestit manifestement le caractère juridique de la clause ».

M. MOREAU (1) en donne deux raisons que M. MAUX (2) juge préemptoires :

L'institution contractuelle « transmet immédiatement un droit dont le disposant se dépouille irrévocablement, ce qui répond aux termes de la définition de l'article 894 ».

De plus, et surtout « impliquant l'acceptation de l'institué, elle constitue un contrat et c'est précisément pourquoi la charge de payer le prix, acceptable à la rigueur dans un legs, ne l'est pas dans une institution contractuelle, l'article 1130 prohibant les conventions relatives aux objets d'une succession non ouverte ».

199. Nous allons, réservant la discussion de ces objections (voy. n° 203 ci-après), présenter notre interprétation de la clause commerciale.

Pour nous, sa place est tout indiquée dans le droit des successions.

Mais nous n'abandonnerons pas l'idée de « donation de biens à venir avec charges » que nous voudrions au contraire préciser, par une nette indication de son caractère de *datio successionis*.

[198] (1) *Sem. jur.*, 11 avril 1929, p. 446, col. 2, al. 1.

(2) *Thèse préc.*, p. 239.

ARTICLE II

NOTRE PROPOSITION D'ANALYSE DE LA CLAUSE

Alinéa 1) QU'EST-CE QUE L'INSTITUTION CONTRACTUELLE

200. L'institution contractuelle, de l'avis général (1), est une institution hybride.

Donation de « tout ou partie des biens que le donateur laissera à son décès,... par la forme, c'est une donation entre vifs ; par son résultat, c'est une libéralité de dernière volonté, analogue à un legs, en ce qu'elle permet au donataire de recueillir les biens du donateur décédé, de lui succéder » (2).

Si elle touche d'un côté au domaine des contrats, elle a ses assises dans celui des successions.

Aussi la majorité des juristes la désignent « une *institution d'héritier faite par contrat* » (3).

201. En tant que contrat l'institution contractuelle se rapproche de la donation (1) :

[200] (1) BAUDRY-LACANTINERIE : t. 3, préc., p. 704, n° 1351. — COLIN et CAPITANT : t. 3, préc., p. 830. — PLANIOL : t. 3, préc., p. 839, n° 3158. — HÉMARD : t. 3, préc., p. 360, n° 2995.

(2) PLANIOL : *loc. cit.* Voy aussi BAUDRY-LACANTINERIE et COLIN : t. 2, préc., p. 838, n° 3910. — AUBRY et RAU : t. 11, préc., al 739, p. 650 et s. — MOURLON : *op. cit.*, t. 2, préc., p. 528, n° 980 *inf.*

(3) Voyez notamment PLANIOL : t. 3, préc., p. 890, n° 3159. — HÉMARD : t. 3, préc., p. 360, n° 2994. — BAUDRY-LACANTINERIE : t. 3, préc., p. 704, n° 1351.

[201] Voyez PLANIOL : t. 3, préc., p. 891, n° 3164. — COLIN et CAPITANT : t. 3, préc., p. 830. — HÉMARD : t. 3, préc., p. 361, n° 2.995.

Elle est irrévocable (sauf quand elle est faite entre époux pendant le mariage) (art. 1096 Code civil).

La capacité est celle de faire une donation et non un testament (2).

Cette capacité doit exister au moment de la donation aussi bien chez le donataire que chez le donateur.

Enfin, au cas où il y a lieu de réduire les libéralités pour atteinte à la réserve, les institutions contractuelles sont traitées comme libéralités entre vifs et réduites seulement après toutes les libéralités testamentaires et les libéralités entre vifs de date plus récente (art. 923 Code civil).

202. En tant qu'institution d'héritier, ses effets sont semblables à ceux du legs. Elle n'exige pas d'état estimatif si elle s'applique au mobilier ; elle n'est pas transcriptible quand elle porte sur des immeubles.

Et surtout, « elle ne transmet aucun bien au gratifié du vivant du disposant, mais concerne seulement l'hérédité de ce dernier. De plus, elle crée non un donataire, mais un successible » (1).

203. Nous avons vu plus haut (n° 198) que certains auteurs n'admettaient pas l'assimilation, au point de vue des charges, de l'institution contractuelle au legs.

(2) Voyez cependant *Cass. civ.*, 20 février 1929, *D.*, 1929-1-104 (et note de M. JOSSERAND au *D. H.*, 1931, p. 21), assimilant les donations entre époux au cours du mariage, lorsqu'elles portent sur des biens à venir, à des dispositions testamentaires, du moins en ce qui concerne la détermination de la capacité requise chez le disposant.

[202] (1) COLIN et CAPITANT : *loc. cit.*

M. MOREAU, dont l'argumentation paraît la plus serrée, en donne deux raisons ;

Par la première, il estime que l'institution contractuelle répond à la définition de l'article 894, puisque transmettant immédiatement un droit dont le disposant se dépouille irrévocablement.

Nous nous permettrons de ne pas retirer cet argument. En effet l'article 894 contient en plus des termes visés par M. MOREAU, le mot « actuellement ». Il ne fait aucun doute que celui qui donne par institution contractuelle loin de se dépouiller lui-même comme par une donation pure et simple, dépouille seulement, à l'instar de celui qui teste, ses propres héritiers (1) : ceci résulte de la nature « amphibie », comme disait FURGOLE, de notre institution.

204. La seconde objection de M. MOREAU, c'est que la « charge de payer le prix », acceptable dans un legs, ne saurait l'être dans une institution contractuelle, par suite des dispositions de l'article 1130 du Code civil.

Nous devons d'abord faire remarquer qu'à notre sens, c'est le fait même de stipuler une charge et non son importance, qui peut, s'il y a lieu, être condamnable dans l'institution contractuelle.

En effet, il ne s'agit pas ici d'une donation de biens présents entre vifs, celle visée par l'article 894, dans laquelle la charge ou bien diminue, sans plus, la libéralité, ou bien, l'absorbant entièrement, transforme la donation en contrat à titre onéreux.

Nous avons affaire à une institution d'héritier

[203] (1) PLANIOL et RIPERT : t. 3, p. 649, n° 2.517.

que la loi permet de faire par contrat, dans les conditions prévues par elle : il s'agit de savoir si on peut modifier par des charges cette *datio successionis*, sans changer l'institution contractuelle en un traité successoral prohibé par l'article 1130 du Code civil.

Il est possible d'insérer des charges dans la disposition contractuelle, l'assimilation devra alors être faite entre l'institution contractuelle et le testament, sans qu'il y ait lieu d'accorder d'importance au montant de ces charges, à condition toutefois que l'institution ne soit pas dénaturée.

205. « Par l'examen de l'ancienne jurisprudence sur les effets de l'institution contractuelle, énonce une note très documentée parue au DALLOZ (1), on peut se convaincre que la majorité des auteurs : DUMOULIN, LEBRUN, FERRIÈRE, LAURIÈRE, BOURGEON, FURGOLE et d'autres, reconnaissent que l'héritier institué par contrat de mariage était considéré comme tenant lieu d'un *héritier testamentaire*, soumis aux mêmes obligations, *sujet aux mêmes charges* ».

Et l'arrêt de la Cour de Cassation sous lequel cette note a été publiée va nous convaincre que ladite assimilation, quant aux obligations et aux charges, existe toujours en droit moderne :

206. La clause d'un contrat de mariage passé en 1788 portait que « le décès de la future arrivant avant celui du futur sans enfants nés du futur mariage, ledit futur ne serait tenu de donner aux héritiers collatéraux de ladite future, pour tous

[205] (1) Sous *Cass. req.*, 29 juin 1842. *D.*, 43-1-175. — Voy. aussi *S.*, 42-2-693.

droits d'hérédité qu'ils pourraient prétendre dans la succession de ladite future, que la somme de 2.000 livres franche de toutes dettes ».

Après le décès de la femme arrivé sans enfants en 1840, ses héritiers collatéraux ont intenté une demande en partage que l'époux survivant a repoussée, se fondant sur la clause précitée du contrat de mariage, qui, selon lui, constituait une institution contractuelle faite sous les conditions du paiement préalable de 2.000 livres.

Les héritiers collatéraux, par contre, prétendaient y voir une vente ou transaction ayant pour objet une succession future.

Le Tribunal de Sens, par un jugement du 21 août 1840 (1) repousse la demande en partage faite par les héritiers collatéraux.

Déféré devant la Cour royale de Paris, ce jugement fut confirmé purement et simplement aux termes d'un arrêt rendu le 4 mai 1841.

Mais les héritiers se pourvurent en cassation, soutenant que l'arrêt attaqué avait maintenu la clause du contrat de mariage comme institution contractuelle, bien qu'elle manquât des expressions et conditions caractéristiques de ce genre de libéralités et ne fut qu'un traité à forfait sur succession future, traité illicite et frappé de nullité sous l'ancienne comme sous la nouvelle législation.

207. Dans son arrêt de rejet, la Cour établit un parallèle entre l'institution d'héritier par contrat et celle par testament.

Tout d'abord, elle examine le mode d'expression :

[206] (1) Enoncé au S., 42-2-694, en sous note.

« Attendu, en droit, que même sous la législation ancienne, l'institution d'héritier par contrat de mariage, ainsi que celle par testament, ne devait aucunement être formulée par des mots solennels et sacramentels, mais il suffisait qu'elle fut exprimée de manière propre à manifester clairement la volonté de l'instituant.

Puis, elle décide, et c'est là le point capital pour nous, « *cette institution contractuelle, ainsi que la testamentaire pouvait être soumise à toute charge non contraire aux lois* ».

208. Il aurait pu se faire, dans l'espèce précitée, que la somme de 2.000 livres excédât la valeur matérielle de la succession recueillie.

Alors, loin de constituer une libéralité, la convention eut grevé le patrimoine de l'héritier institué.

Y aurait-il eu, pour cela, disparition de l'institution contractuelle ?

Non ! puisque l'intention du disposant était bien de constituer un successible et que les charges d'une hérédité peuvent dépasser l'émolument recueilli, sans que, pour cela, le droit transmis en soit altéré, réserve étant faite du droit de ce successible d'accepter la succession ou d'y renoncer.

*Alinéa 2) LA CLAUSE COMMERCIALE EST-ELLE
UNE INSTITUTION CONTRACTUELLE ?*

Par. 1) En dehors de la loi du 9 mars 1891

209. Nous allons maintenant nous demander si la clause commerciale répond à la nature de l'institution contractuelle telle que nous l'avons caractérisée, faisant abstraction, dans ce premier paragraphe, de la qualité d'héritier reconnue au conjoint par la loi du 9 mars 1891.

Disons tout d'abord que la volonté de conférer des droits successoraux au conjoint survivant résulte sinon expressément, du moins bien nettement, de la rédaction de la clause, ainsi que nous l'avons précisé aux numéros 174 et 175 ci-dessus.

210. Nous pouvons, en outre, tirer argument de l'avis général des juristes, qui dans la clause « à titre gratuit ou partiellement gratuit », voient une institution contractuelle ; ce qui vaut également pour la clause dite « à titre onéreux », puisque nous nous plaçons non sur le terrain des libéralités, mais sur celui des successions.

211. L'option elle-même ménagée au contrat n'est-elle pas, elle aussi, une preuve que les conjoints entendent réaliser une institution d'héritier ?

La succession contractuelle laisse en effet succés-sible, la même faculté d'acceptation ou de répudiation que la succession *ab intestat* (1).

[211] (1) PLANIOL et RIPERT : t. 3, préc., p. 896, n° 3182. — HÉMARD : t. 3, préc., p. 366, n° 3.010. — BAUDRY-LACANTINERIE : t. 3, préc., p. 709, n° 1359. — COLIN et CAPITANT : t. 3, préc., p. 837, A.

Dans le contrat de mariage, l'époux accepte le titre qui lui confère les droits d'un héritier, mais le droit d'option lui est réservé avec sa rétroactivité au jour du décès (2).

212. L'intention des parties étant précisée, nous ne saurions mieux faire que de rechercher si le fondement de la clause commerciale est bien le même que celui de toute dévolution successorale.

Nous avons vu plus haut (n° 52), que cette disposition conférerait au prédécédé, l'assurance que son exploitation, à laquelle s'est incorporée une partie de sa personnalité, ne passera pas à des étrangers : en ceci, croyons-nous, la clause se rattache au fondement romain du droit successoral, au droit individuel de propriété du défunt » (1).

Mais ne correspond-elle pas surtout à l'idée coutumière de « devoir de famille » (2).

Les intérêts des enfants, mineurs, nés du mariage dont les moyens d'existence dépendent de l'époux survivant sont par la clause pleinement assurés (voy. n° 56 ci-dessus). Et le conjoint se voit accorder l'avantage inestimable de conserver le fonds, avantage moral (voy. n° 57) et surtout matériel

(2) BAUDRY-LACANTINERIE : *op. cit.*, p. 310, n° 608. — Voyez n° 35 ci-dessus dans la formule de la clause : « les effets de l'option remonteront au décès du prémourant. »

Nous devons faire remarquer, cependant, qu'au point de vue du délai accordé pour l'option, toutes les rédactions de la clause ne sont pas, à notre sens, irréprochables.

Seules nous semblent dans le vrai, celles accordant un délai de 3 mois et quarante jours pour son exercice, car « la disposition légale accordant ce délai aux héritiers est d'ordre public et il ne peut y être dérogé par convention ou testament » (Paris, 3 févr. 1925, *D. H.* 1925-273). — PLANIOL et RIPERT : *op. cit.*, p. 461, n° 1965.

[212] (1) Voy. HÉMARD : t. 3, préc., p. 221, n° 2.703.

(2) *ibid.*, n° 2.702.

(n° 58), qui ne disparaît pas même s'il doit tenir compte aux héritiers de la totalité de la valeur de l'exploitation (3).

Enfin nous retrouvons dans la clause, cette « utilité sociale » que les juristes modernes, ainsi que le fait remarquer M. HÉMAR², assignent comme fondement au droit successoral (4).

On évite par elle la vente ou le démembrement d'un bien à une période défavorable, confiant la destinée de ce bien à celui qui, en principe, est le mieux qualifié pour apprécier ce qu'il convient de faire à cet égard.

L'intérêt du disposant s'y mêle à l'intérêt de la famille et des héritiers, pour le plus grand profit de la société.

(3) A cet égard signalons les droits de reprise *légaux* accordés au conjoint survivant sur estimation (PLANIOL : *op. cit.*, p. 432, n° 1888, 5°. — HÉMAR² : *op. cit.*, p. 264, n° 2785. — COLIN et CAPITANT : *op. cit.*, p. 409, note 1.

Ces droits de reprise donnent au survivant la faculté, s'il habite la maison, de réclamer, à l'exclusion de tous héritiers, même des enfants, l'attribution sur estimation. :

de l'habitation à bon marché (loi du 12 avril 1906, art. 8, al. 2, et du 5 décembre 1922, art. 81),

de la petite propriété rurale (loi du 10 avril 1908, art 1^{er},

et du bien de famille (loi du 12 juillet 1909, modifiée par la loi du 14 mars 1928), dont il est copropriétaire.

Etant fait observer qu'une loi récente (22 février 1931) a étendu les dispositions concernant le bien de famille à l'atelier artisanal (« maison avec boutique ou atelier et le matériel et outillage le garnissant occupés et exploités par une famille d'artisans » dont la valeur ne dépasse pas, y compris le matériel et l'outillage, lors de la constitution, 40.000 francs).

(4) HÉMAR² : t. 3, préc., p. 222, n° 2.704.

Par. 2) Depuis la loi du 9 mars 1891

213. Nous avons raisonné jusqu'à présent, sans tenir compte du titre d'héritier conféré au conjoint par la loi du 9 mars 1891 : nous allons maintenant considérer cette qualité de successible et nous nous proposons d'en tirer de nouveaux arguments d'un grand poids en faveur de notre thèse.

Dans le système du Code civil, seuls, quelques maigres avantages légaux de survie (articles 1465, et 1481 et 1570) et un droit de succession après tous héritiers du défunt, sauf l'Etat (article 767), étaient réservés au conjoint survivant.

De ce fait, la situation de ce dernier était souvent des plus pénibles : il arrivait en effet que le prédécédé, seul fortuné, ayant négligé de tester en faveur du survivant, le laissait démuné des ressources et d'autant plus misérable qu'il n'avait aucun droit à des aliments (1).

La loi du 9 mars 1891, modifiant l'article 767, vint remédier à cet état de choses.

L'époux survivant, n'appartenant pas à la famille du sang, continue à ne recueillir la totalité des biens, que s'il n'existe pas d'héritiers légitimes ou naturels de l'époux prédécédé et ce seulement quand il n'est ni divorcé ni séparé de corps.

Par contre, outre une créance d'aliments contre la succession, il recueille, en présence d'héritiers du sang, une part en usufruit, dont l'importance varie suivant la qualité des héritiers (voy. article 767).

[213] (1) PLANIOL et RIPERT : t. 3., préc., n° 1867, p. 425. — CAPITANT : t. 3, préc., p. 407. — BAUDRY-LACANTINERIE, t. 3, préc., p. 327, n° 579. — HÉMAR, t. 3, préc., 261, n° 2784.

214. A quel titre recueille-t-il cet usufruit ?

« A titre héréditaire », nous répond la doctrine (1).

MM. COLIN et CAPITANT ont tenu à préciser (2) :

« Lorsqu'il ne se présente pas comme créancier d'aliments... ni comme successeur en propriété, mais comme successeur en usufruit, le conjoint survivant apparaît comme un *donataire présumé*. La loi fait, pour lui, en lui attribuant juste ce qui est nécessaire pour mener son train de vie, ce que le défunt aurait fait sans doute, si la mort ne l'avait surpris ».

Les savants professeurs semblent donc envisager les droits du conjoint comme résultant d'une institution contractuelle supposée.

215. Et l'un de leurs arguments, c'est la disposition de l'alinéa de l'article 766 (1).

Dans cet alinéa, en effet, les auteurs de la loi de 1891 ont stipulé que le conjoint imputerait sur ses droits ce qu'il a pu recevoir à titre gratuit du défunt.

D'où deux conséquences :

1) Il n'y a pas pour le conjoint de dispense de rapport possible ;

2) Et surtout, le survivant « a toujours le droit de conserver les libéralités à lui faites par le défunt, à condition de les imputer sur la part que lui attribue l'article 767. En d'autres termes, il

[214] (1) PLANIOL et RIPERT : *op. cit.*, n° 1871, p. 427. — Voy aussi HÉMARÉ : *op. cit.*, p. 265, n° 2.787. — BAUDRY-LACANTINERIE : *op. cit.*, p. 334, i° 592.

(2) *Op. cit.*, p. 417, D.

[215] (1) *Op. cit.*, p. 419, C.

effectue toujours son rapport en moins prenant et jamais en nature (*Civ.* 1898, *D. P.* 99-1-153, note SARRUT ; *S.* 98-1-341) ».

216. Mais deux questions délicates se greffent sur cette imputation :

D'abord à quel moment se placer pour apprécier la valeur à imputer ? On écarte alors, pour les meubles comme pour les immeubles, les règles des articles 860 et 868 du Code civil sur le rapport en général, pour envisager le *moment de l'ouverture* de la succession.

« En effet, ce que le conjoint reçoit doit pouvoir assurer son existence ; c'est donc au moment actuel qu'il faut se référer pour évaluer les libéralités par lui recueillies ».

217. Puis, comment doit-on imputer les libéralités faites en toute propriété sur ces droits en usufruit ?

La solution adoptée par la généralité des juristes et des Tribunaux (1) consiste à évaluer la libéralité en usufruit, en calculant le chiffre de la rente viagère que l'époux survivant pourrait se procurer d'après son âge actuel, à capital aliéné. Certains préconisent même de s'aider, pour cette appréciation, des données fournies par la loi fiscale du 25 février 1901, art. 13-2° (2).

[216] (1) COLIN et CAPITANT : *loc. cit.*

[217] (1) COLIN et CAPITANT : *loc. cit.* — PLANIOL et RIPERT : *op. cit.*, p. 429, n° 1878. — BAUDRY-LACANTINERIE : *op. cit.*, p. 333, n° 589. — HÉMARD : *op. cit.*, p. 269, n° 2.794. — Trib. Seine, 11 juil. 1893, *D.*, 94-2-105. — Trib. d'Arras, 18 déc. 1901, *D.*, 1904-2-38. — Contra : Trib. Besuire, 8 mai 1901, *D.*, 1904-2-38 et la note.

(2) Voy. note préc., *D.*, 1904-2-38 et BAUDRY, *loc. cit.*

218. Considérons maintenant la clause commerciale.

Nous avons établi qu'elle était une institution contractuelle. Or ne vient-elle pas réaliser cette donation de biens à venir présumée que la loi prévoit au profit de l'époux survivant ; ou, pour nous placer d'un point de vue plus général, ne vient-elle pas apporter au survivant ces avantages mêmes auxquels supplée la disposition de l'article 767 ?

Que dans la « clause de fonds de commerce », on oblige le survivant à imputer sur ses droits la valeur du fonds donné, à cela rien d'étonnant, la loi elle-même l'ordonne ; l'époux ne doit-il pas « imputer sur cet usufruit tout ce qu'il aurait reçu du défunt à un titre quelconque » (1).

Et, par ailleurs, le rapport en moins prenant auquel aboutit cette imputation, est effectué d'après la valeur déterminée par des experts qui ne se reporteront pas au moment de la donation : tout ceci n'est-il pas entièrement conforme aux règles de l'article 767 ?

219. Prenons un exemple pratique, dans lequel nous ferons entrer la clause dite « à titre onéreux ».

D'une succession présentant un actif de 80.000 francs, dépend un fonds de commerce évalué 10.000. L'époux survivant âgé de 35 ans, a droit, en présence d'un enfant issu du mariage, au quart en usufruit des biens dépendant de la succession. Il entend user de la clause contenue dans son contrat de mariage.

Son usufruit valant 5/10 d'après la loi de 1901, à laquelle nous nous reportons pour simplifier, et

[218] (1) COLIN et CAPITANT : *loc. cit.*

le 1/4 de la succession se montant à 20.000, les droits du conjoint, convertis en toute propriété, seront donc de 10.000 francs.

Or la clause lui permet de se faire attribuer un fonds, d'une valeur de 10.000 francs, en l'imputant sur ses droits.

Nous pensons qu'il est impossible de voir là autre chose qu'une institution contractuelle normale rentrant dans les prévisions de la loi de 1891.

Nous irons plus loin : En ce cas, seule la manière d'opérer, énoncée dans la clause commerciale, nous paraît conforme au droit (en l'espèce l'article 9 de la loi de 1891, qui oblige à imputation sur les droits de succession) ; la valeur du fonds étant légale, dans notre exemple, au montant des droits du conjoint, l'imputation doit, en tout état de cause, être réalisée.

220. S'il s'agit de la clause portant sur un fonds, dont l'un des éléments (achalandage par exemple) est « à titre gratuit », la solution est identique :

Ou bien la valeur du fonds, dont portion est accordée sans contrepartie, est inférieure ou égale aux droits en usufruit du conjoint, et, alors, il y a, comme ci-dessus, obligation à imputation intégrale, sans s'occuper de l'élément accordé « gratuitement ».

Ou bien, la valeur de ce fonds dépasse le montant des droits d'usufruit du survivant : en ce cas, la part excédant ces droits étant accordée sans contrepartie, il y a dispense de rapport valable en ce qui concerne, à due concurrence.

221. Voici un exemple :

Une clause commerciale donne au survivant droit sur un fonds de commerce propre au prédécédé,

savoir : les éléments corporels avec imputation sur ses droits, les éléments incorporels, sans contrepartie.

La succession présente un actif de 80.000 francs qui, attendu l'existence de frères et sœurs du défunt, revient au conjoint pour moitié en usufruit.

Le dit conjoint, dont l'âge permet d'évaluer cet usufruit aux 5/10 de la toute propriété, a donc droit, après conversion, à 20.000 francs.

Si le fonds est évalué 20.000 francs pour les éléments corporels et 5.000 francs pour les éléments incorporels, il y aura lieu à imputation pour les 20.000 francs qui correspondent au montant des droits du survivant, avec dispense de rapport pour les 5.000 francs d'éléments incorporels.

Par contre, pour un fonds estimé 15.000 francs pour les éléments corporels et 5.000 francs pour les éléments incorporels, tout serait rapportable, malgré la clause, la valeur du fonds étant alors égale au montant converti des droits du conjoint.

Et pour un fonds d'une valeur de 25.000 francs pour les éléments corporels et 5.000 francs pour les éléments incorporels, le conjoint serait tenu de rapporter :

1) Les 20.000 francs d'éléments corporels à prendre sur ses droits (obligation légale).

2) Les 5.000 francs constituant le surplus des mêmes éléments et dont dispense de rapport aurait pu lui être réservée par le défunt.

Mais, il aurait conservé, « par préciput et hors part » les 5.000 francs d'éléments incorporels.

222. La situation serait identique, au cas où le fonds serait accordé « à titre entièrement gra-

tuit » ; la dispense d'imputation ne vaudrait qu'à concurrence de ce qui pourrait excéder les droits du conjoint, puisque, pour le montant de ces droits, la loi de 1891 oblige toujours à rapport.

223. Nous croyons avoir donné des preuves convaincantes de la vérité de notre opinion ; nous allons maintenant nous efforcer d'en montrer l'unité, en prouvant que la même interprétation d'institution d'héritier vaut pour la clause commerciale passée entre époux au cours du mariage, par donation comme par testament (livre 2) ; et nous examinerons succinctement quel aspect juridique cette disposition revêt dans le pacte social (livre 3).

LIVRE II

Au cours du mariage entre époux

224. La clause commerciale ne change pas de nature du fait qu'elle est passée au cours du mariage, c'est toujours une institution d'héritier à titre particulier, institution contractuelle, si elle est passée sous la forme d'une donation entre époux, institution testamentaire quand on la comprend dans un legs.

225. On a pu dire que l'institution contractuelle passée, par acte entre vifs, au cours du mariage, participait entièrement à la nature d'un testament, par suite de sa révocabilité.

Et la Cour suprême, appliquant les règles de la capacité requise pour tester à l'institution contractuelle, a cassé (1) un arrêt qui interdisait au prodigue de faire une donation de biens à venir sans l'assistance de son conseil judiciaire.

Cette même idée de révocabilité, autorisant une assimilation plus grande entre donation et testament, permet à M. NAST de se prononcer plus nettement pour l'idée d'institution contractuelle, quand il s'agit d'une clause passée entre époux, au cours du mariage (2).

[225] (1) *Cass. civ.*, 20 févr. 1929. *D.* 1929-1-104.

(2) *Rép. gén. prat. not.*, 15 août 1929, art. 22.107, p. 444 *in fine*.

Mais les adversaires de la clause se montrent aussi irréductibles sur ce terrain que sur celui du contrat de mariage.

Pour nous, nous ne tirerons pas d'argument (3) nouveau de l'idée de révocabilité, non plus que de celle très critiquée (4) d'application à la donation de biens à venir de la capacité requise pour tester.

Nous reconnaissons qu'il y a une partie contractuelle traditionnelle dans la donation à venir, et ne cherchons aucunement à la restreindre (n^{os} 200 et suivants).

Mais nous voudrions maintenir intact, dans cette institution, le domaine successoral, qui, ainsi que nous l'avons montré (*loc. cit.*) est assez vaste et assez précis pour assurer une démonstration, très nette, nous semble-t-il, de notre conception de la clause.

226. En ce qui concerne le testament, personne ne doute qu'il ne puisse, d'une façon très valable, déterminer le sort du fonds de commerce par une clause « à titre gratuit » ou « à titre onéreux » (1) ; son rôle principal ne tient-il pas comme celui de la « donation de biens à venir » dans l'institution d'héritier. De même que l'institution contractuelle, l'imputation de la libéralité y sera réalisée conformément à l'alinéa 9 de l'article 767.

227. Donc qu'elle soit comprise au contrat de mariage, dans une donation, ou dans un legs, la

(3) CAPITANT : *extr. Rev. crit. préc.*, p. 55, n^o 45 et *D.*, 1931-2-6. — MAUX : *op. cit.*, p. 266, n^o 35.

(4) JOSSERAND, note au *D. H.*, 1931, p. 21.

[226] (1) CAPITANT : *op. cit.*, p. 56, n^o 45. — NAST : *op. cit.*, p. 443. — MAUX : p. 266, n^o 34. — Voy. aussi étude signée E. P., *ds. Rép. gén. prat. not.* 1929, art. 22.036.

clause commerciale conserve entre époux la même nature juridique, ressortissant, dans les trois cas au droit des successions.

Non pas que l'idée de libéralité en soit absente ; elle est d'ailleurs intimement liée à celle d'attribution de succession, mais son application doit être dégagée, croyons-nous, des règles strictes établies par l'article 894 du Code civil pour les donations entre vifs de biens présents.

D'autre part, si la charge constituée par la contrepartie à fournir aux héritiers peut paraître d'une nature particulière, quand on envisage le conjoint comme un tiers, elle prend toute sa signification, si l'on considère qu'il s'agit d'un cohéritier soumis légalement au rapport.

LIVRE III

Dans les pactes sociaux

228. Nous avons vu (n^{os} 39 et suiv.) que la clause de conservation des droits sociaux était très souvent stipulée dans les sociétés, auxquelles met fin « la mort naturelle de quelqu'un des associés » (art. 1865 Code civil).

On peut prétendre qu'elle réalise alors une stipulation pour autrui, parfaitement valable en soi, comme étant « la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même » (art. 1121 Code civil) (1).

229. Il nous semble plus logique, puisque l'époux est un *héritier*, de la considérer comme une application de l'article 1868 du Code civil, donnant à l'associé, droit de disposer « que la société continuerait avec son héritier », cet article n'étant lui-même qu'une suite de l'article 1122 du même Code

[228] (1) Trib. Seine, 24 déc. 1928 (n^o 111 ci-dessus) ; Cour de Paris, 21 févr. 1930 (n^o 17). — CAPITANT : notes *D.*, 1929-2-108 et *D.* 1931-2-1. — BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL : *Traité de Droit civil*, tome 20, n^o 392 bis. — THALLER et PIC : *Traité général des sociétés commerciales*, tome 1, 1925, n^o 601. — HOUPIN et BOSVIEUX : *Traité général des sociétés et associations*, 5^e éd., t. 1, n^o 175. — MAUX : thèse préc., p. 253. — MORIN : thèse préc., p. 98. — CARPENTIER : *R. du N.*, 15 août 1923, n^o 19.630-1-203 et note 1. — DEYZAC : *J. du N.*, 25 février 1930, p. 101. — CHARRON : *R. du N.*, 15 octobre 1929, n^o 23.028-1-257 et 15 avril 1930, n^o 23.321-1-100.

qui permet de stipuler « pour soi et ses héritiers » (1).

Mais n'y a-t-il pas alors pacte sur succession future prohibé, du fait que la stipulation, qui n'est pas alors contenue dans une « disposition entre vifs ou testamentaires » ne vise qu'un des héritiers : le conjoint (2).

230. Le Tribunal de la Seine, dans son jugement du 24 décembre 1928 (voy. n° 111 ci-dessus) et la Cour de Paris, dans son arrêt infirmatif du 21 février 1930 (n° 17) ont eu à juger de la clause contenue au pacte social, dans une espèce analysée (n° 111 ci-dessus).

Tous deux ont conclu à sa validité, la disposition réalisant, à leur sens, une « stipulation pour autrui valable en soi ».

Mais, alors que le Tribunal estimait qu'un testament suffit pour révoquer la stipulation, bien que la clause fut insérée, en outre, au contrat de mariage subséquent, la Cour a décidé que la disposition du contrat de mariage constituait de la part de la femme survivante une acceptation de la stipulation pour autrui antérieure, qui devenait ainsi irrévocable et devait produire effet, malgré toutes dispositions testamentaires ultérieures.

En ce qui nous concerne, nous ne croyons pas la stipulation du pacte social suffisante en soi pour assurer, au profit du conjoint héritier, le bénéfice de la conservation des droits sociaux du prédécédé.

[229] (1) Voy. CAPITANT : note *D.*, 1931-2-5, col. 1.

(2) BAUDRY-LACANTINERIE : *op. cit.*, t. 2, p. 38, n° 90. — AUBRY et RAU : *op. cit.*, t. 4, al. 346, p. 565 *in fine* et note 7. — Voy. aussi GÉNY : *S.* 1930-2-98, col. 2.

En effet, ainsi que nous l'avons indiqué, l'article 1868, qui n'est pas une dérogation à la prohibition des pactes sur succession future, permet bien la continuation de la société, mais c'est, conformément aux principes, en faveur des héritiers, au prorata de leurs droits, et non au bénéfice d'un seul d'entre eux.

Donc, il est nécessaire qu'une autre disposition vienne compléter la première ; ce sera l'institution contractuelle que réalise la clause contenue au contrat de mariage.

La situation s'analyse, à notre sens, comme suit :

Le conjoint est institué par le contrat de mariage héritier des droits sociaux pouvant exister au décès ; quant à la stipulation contenue à l'acte social, elle a pour effet d'assurer à la fois la continuation de la société et l'efficacité de l'institution contractuelle vis à vis du tiers associé.

231. Appliquons maintenant ce schéma à l'espèce soumise à la Cour de Paris.

La clause étant stipulée à l'acte de société, pour le cas où l'un des associés se marierait et instituerait dans son contrat de mariage son conjoint héritier de ses droits sociaux, il n'était plus possible à cet associé d'en disposer à titre gratuit (1), après réalisation de l'institution dans le contrat de mariage.

232. Par contre, aurait-on pu enlever au conjoint le bénéfice de la stipulation sociale, par une modification régulière des statuts ?

[231] (1) COLIN et CAPITANT : t. 3, préc., p. 836. — HÉMARD : t. 3, préc., p. 363, n° 3.003. — PLANIOL et RIPERT : t. 3, préc., p. 894, n° 177. — BAUDRY-LACANTINERIE : t. 3, préc., p. 707, n° 1.357.

Avec M. GÉNY (1), nous nous prononçons pour l'affirmative.

Voici nos raisons :

Si la stipulation de l'acte de société est, comme nous avons cru l'établir, une application de l'article 1122 et non de l'article 1121, elle ne nécessite, par ce fait même, aucune acceptation de la part du conjoint héritier, l'effet des conventions s'étendant naturellement aux successibles (2).

Dès lors, en tout état de cause, elle peut être révoquée par une modification régulière des statuts, faisant « échec au droit d'option de la veuve » (3).

La situation nous semble identique, au cas où l'associé au lieu de réserver à l'acte social la continuation de ses droits par l'héritier qu'il institue, à cet égard, dans un acte séparé, aurait appliqué purement et simplement l'article 1868, réservant cette faculté pour tous ses héritiers, sans distinction.

Rien n'empêcherait alors les associés de modifier ou même de supprimer cette disposition.

233. Donc les deux clauses contenues au contrat de mariage et au pacte social, en faveur de l'époux survivant, si différentes soient-elles d'effets et de nature, se complètent sans qu'il semble possible de les utiliser séparément.

La stipulation du pacte social, simple convention entre associés, assure la continuation de la société par les héritiers du défunt et de ce fait, rend efficace, au regard des associés survivants, l'institution constituée au contrat de mariage par l'associé décédé au profit de son conjoint.

[232] (1) Note S., 1930-2-99, col. 2 *in* §.

(2) Contra : Trib. Seine et Cour de Paris. préc.

(3) GÉNY : *loc. cit.*

QUATRIÈME PARTIE

Effets de la clause commerciale

234. Les effets de la clause commerciale sont ceux de toute *institution d'héritier*.

Nous allons les passer brièvement en revue sous deux livres : l'un consacré à la clause avant l'ouverture de la succession, l'autre visant l'arrivée du décès de l'instituant.

LIVRE I

Avant l'ouverture de la succession

235. Tant que le conjoint disposant est en vie, le droit du survivant n'est qu'*éventuel* (1). Il en résulte qu'on n'aura pas, l'insertion de la clause dans le contrat de mariage ou la donation, à remplir les formalités prescrites par la loi du 17 mars 1909 pour la cession des fonds de commerce, ni celles de la loi du 23 mars 1855, si l'exploitation comprend des immeubles.

C'est que la publicité requise par ces lois, concerne uniquement les transferts de propriété ;

[235] (1) AUBRY et RAU : tome II, préc., note 137, p. 676 *inf.* — BAUDRY-LACANTINERIE et COLIN, t. 2, préc., p. 838, n° 3910. — BAUDRY-LACANTINERIE : t. 3, préc., p. 707, n° 1357. — COLIN et CAPITANT : t. 3, préc., p. 835, al. 2, 1°. — HÉMARD : t. 3, préc., p. 366, n° 3.009. — PLANIOL et RIPERT : t. 3, préc., p. 895, n° 3.178. — MAUX : thèse préc., p. 151, n° 28.

or, nous venons de le voir, « la clause de prélèvement ne confère aucun droit actuel à l'époux bénéficiaire sur le fonds de commerce appartenant en propre au conjoint » (2).

236. L'époux propriétaire conserve, deuxième conséquence de l'éventualité du droit de l'institué, la faculté de disposer de son fonds, à titre onéreux (1) : il peut le vendre en totalité ou en partie le grever de droits réels, le donner à bail sans limitation de durée ; il peut même l'aliéner moyennant une vente viagère, mais à condition que cette aliénation ne soit pas faite dans le but frauduleux de révoquer l'institution (2).

Par contre, il lui est interdit, si l'institution est comprise au contrat de mariage, de « disposer à titre gratuit des objets compris dans la donation, si ce n'est pour somme modique, à titre de récompense ou autrement » (art. 1083 du Code civil) (3).

(2) CAPITANT : *R. cr. extr. préc.*, p. 44, n° 35.

[236] (1) BAUDRY-LACANTINERIE : *op. cit.*, p. 708, n° 1358. — COLIN et CAPITANT : *op. cit.*, p. 836. — HÉMARD : *op. cit.*, p. 365, n° 3007. — PLANIOL et RIPERT : *op. cit.*, n° 3.177. — *Req.*, 15 nov. 1836. *D.*, 36-1-409. — *S.*, 36-1-806.

(2) Il ne pourrait révoquer la donation que pour cause d'inexécution des charges ou ingratitude, non pour survenance d'enfants (art. 960, *c. civ.*)!

(3) Nous ne pouvons nous ranger à l'avis de M. NAST (*Rép. gén. prat. not.*, 28 févr. 1929, art. 21.939, p. 108, n° 12, pour qui « l'époux propriétaire du fonds peut... en disposer de son vivant... même à titre gratuit, malgré l'article 1083 ; car (nous dit le distingué professeur), la clause, dans la pratique, subordonne l'attribution à l'existence d'un fonds dans le patrimoine de l'époux donateur au moment de son décès ».

Nous croyons, au contraire, que la rédaction pratique de la clause est de nature à la faire ranger dans les institutions contractuelles pures et simples, celles-ci étant, par définition, des donations de biens existant au décès (voy. n° 200 ci-dessus). Dans notre sens, BÉHIN : *op. cit.*, p. 165, n° 143.

Il n'en est pas de même pour l'institution stipulée par acte entre vifs, au cours du mariage, l'article 1096 assurant, en ce cas, faculté de révocation, sans restriction, au disposant.

La clause, contenue au testament sera, elle aussi, essentiellement révocable (art. 896 Code civil) (4).

Il en sera de même, comme nous avons pu nous en rendre compte (n° 232 ci-dessus) de la clause énoncée au pacte social, à condition toutefois que cette révocation soit opérée par modification régulière des statuts.

237. Une autre conséquence du caractère éventuel du droit de l'époux institué sera l'incessibilité du même droit par suite des dispositions de l'article 1130 sur les pactes successoraux.

Cette incessibilité du droit aura pour suite directe (1) son insaisissabilité par les créanciers (2).

238. Enfin, quatrième conséquence, l'époux bénéficiaire ne pourra, en principe, accomplir, sur

(4) A ce sujet, signalons que la savante étude de M. JOSSERAND au *D. H.* (1931, p. 21 et s., note 2, sous n° 201 ci-dessus) fait ressortir la différence de nature existant entre la faculté de révocation de l'institution contractuelle et celle du testament « où le légataire n'a, du vivant du testateur, aucun droit d'aucune sorte, pas même un droit éventuel » (*Op. cit.*, p. 24).

Il observe que le testateur, par son droit de révocation, « se borne à changer sa pensée personnelle », tandis que le conjoint qui révoque une donation « revient sur l'engagement qu'il avait pris contractuellement ».

[237] (1) Paris, 9 février 1875. *D.*, 75-2-155. *S.* 75-2-129 et note Lyon — Caen. — AUBRY et RAU : t. 11, préc., al. 739, p. 676. — COLIN et CAPITANT : *loc. cit.* — PLANIOL et RIPERT : *op. cit.*, n° 3.178. — HÉMARD : *op. cit.*, n° 3.009.

(2) BAUDRY-LACANTINIERE : *op. cit.*, 709, n° 1359. — PLANIOL et RIPERT, HÉMARD : *loc. cit.*

le fonds, objet de l'institution, aucun acte conservatoire du vivant du propriétaire du fonds (1).

Cependant, si ce dernier faisait une libéralité sur les éléments compris dans l'institution contractuelle, l'époux institué pourrait demander au donataire caution de restitution, pour le cas échéant (2).

239. Envisageons maintenant en quoi les événements qui peuvent survenir au cours de la vie conjugale (séparation de biens, séparation de corps, divorce peuvent influencer sur ces effets).

La *séparation de biens* ne saurait en rien modifier l'application d'une clause dont le sort n'est pas lié à la communauté (1).

Il n'en est pas de même de la *séparation de corps*, car celle-ci, bien que ne mettant pas fin au mariage, est assimilée au divorce pour la perte des avantages frappés de caducité par l'article 299 du Cod civil (2).

Cet article 299 visant « tous avantages faits par contrat de mariage » ou « depuis le mariage », s'applique à toutes donations entre vifs ou testamentaires pouvant être faites par l'un des époux au profit de l'autre (3), et par conséquent à notre

[238] (1) COLIN et CAPITANT : *loc. cit.* — HÉMARD : *loc. cit.*

(2) *Req.*, 22 janv. 1873. D., 73-1-473. S., 73-1-57. — CAPITANT : *loc. cit.*

[239] (1) BÉHIN : *op. cit.*, p. 183, n° 160.

(2) *Cass. ch. réun.*, 23 mai 1845. D., 45-1-225 et *Req.*, 26 déc. 1893. D., 94-1-391. S., 94-1-119. — PLANIOL et RIPERT : *op. cit.*, t. 1, p. 432, n° 1332. — HÉMARD : *op. cit.*, t. 1, p. 253, n° 245. — BAUDRY-LACANTINERIE : *op. cit.*, t. 1, p. 353, n° 747.

(3) PLANIOL et RIPERT : *op. cit.*, p. 417, n° 1268. — BAUDRY-LACANTINERIE : *op. cit.*, p. 338, n° 715. — HÉMARD : *op. cit.*, p. 251, n° 540.

clause qui réalise une institution contractuelle (4).

De ce fait, l'avènement du divorce ou de la séparation de corps, mais non celui de la séparation de biens prive, *de plano*, le conjoint institué du bénéfice de la clause : son droit éventuel ne pourra pas se changer en un droit effectif de succession, puisqu'à l'arrivée du décès, il n'aura plus d'existence.

240. Au point de vue *fiscal*, il ne nous paraît pas y avoir de difficultés pour le choix du droit à appliquer sur la clause de conservation du fonds de commerce propre, à l'enregistrement de l'acte où elle est insérée : c'est le droit fixe de 56 fr. 20, prévu par l'article 270, alinéa 6, (§ 4) du Code de l'Enregistrement.

Cet article dispose, en effet, que sont assujettis au droit dont s'agit :

« Les testaments et tous autres actes de libéralité, qui ne contiennent que des dispositions soumises à l'événement de décès, et les dispositions de même nature qui sont faites par contrat de mariage entre les futurs ou par d'autres personnes ».

Ajoutant que « le droit pour ces dispositions par acte de mariage sera perçu indépendamment de celui du contrat ».

(4) Voy. NAST : *loc. cit.*

LIVRE II

Au décès du disposant

241. A l'arrivée du décès, le droit du conjoint bénéficiaire va se transformer : d'éventuel, il devient actuel (1), donnant possibilité à la transmission de propriété de s'accomplir.

Cette transmission s'effectuera, avec effet rétroactif au décès (2), si le conjoint survivant accepte l'institution contractuelle ; car, tel un héritier, l'institué peut accepter, accepter bénéficiairement, ou renoncer (3).

Il se prononcera au moyen de l'option qui lui a été ménagée au contrat de mariage ou à l'acte passé au cours du mariage, mais devra respecter, malgré toutes les stipulations contraires, le délai de trois mois et quarante jours prévu par la loi (voy. note 2 sous le n° 211 ci-dessus) (4).

[241] (1) HÉMARD : t. 3, préc., p. 366, n° 3010.

(2) PLANIOL et RIPERT : t. 3, préc., p. 896, n° 3182.
— BAUDRY : t. 3, préc., p. 340, n° 608.

(3) HÉMARD, PLANIOL et RIPERT : *loc. cit.* — Remarquons que, quant aux formes, la renonciation n'a pas besoin d'être faite au greffe, comme le veut l'art. 784 pour les successions. Sur ce point encore, l'institution contractuelle est soumise aux mêmes règles que les legs Cass., 22 mai 1888. D., 89-1-349). Voy. PLANIOL et RIPERT : t. 3, préc., p. 896, n° 3182. — MAUX : thèse préc., p. 152 et note 110.

(4) Nous croyons avec MM. HÉMARD : (t. 3, p. 392, n° 3058), et COLIN et CAPITANT : (t. 3, p. 457), contrairement à l'opinion de la jurisprudence (Cass. civ., 13 févr. 1911, S., 11-1-248. D., 11-1-391) approuvée par MM. PLANIOL et RIPERT : (t. 3, p. 463, n° 1974) et au système de DEMOLOMBE : (t. 14, n° 315) adopté par M. BAUDRY-LACANTINIERE : (t. 3, p. 360, n° 650), qu'il est plus logique d'interpréter l'art. 789

242. Nous allons tirer de cette transmission par décès plusieurs conséquences :

D'abord que le conjoint survivant n'est aucunement tenu, à ce moment, de faire publier son acquisition, les formalités de la loi de 1909 et celles de la loi de 1855 ne concernant que les mutations entre vifs (1).

243. Puisque, tel un légataire non saisi (arg. art. 1006), il est obligé, étant institué à titre particulier, de demander la délivrance à ceux qui possèdent la succession (1).

C. civ., en ce sens que l'héritier qui est resté 30 ans sans se prononcer est présumé avoir accepté, « la situation d'héritier étant acquise en vertu de la loi, du seul fait de l'ouverture de la succession ».

En conséquence, la stipulation prévoyant, dans notre clause, que, faute d'avoir pris parti dans le délai, l'époux bénéficiaire sera présumé avoir accepté, nous semble préférable à celle où il est censé avoir renoncé (voy. n° 34 ci-dessus).

Faisant observer, d'autre part, que cette modification du délai d'une prescription non acquise, étant opérée dans le sens d'une abréviation doit de ce fait, aux termes d'une jurisprudence constante être considérée comme valable (à condition toutefois qu'il n'y ait pas atteinte au délai minimum de 3 mois et quarante jours), (HÉMARD : t. 2, préc., p. 288, n° 1762 ; BAUDRY-LACANTINERIE : t. 2, p. 214, n° 485 ; PLANIOL et RIPERT : t. 2, p. 222, n° 648).

[242] (1) CAPITANT : *Extr. Rev. crit., préc.*, p. 45, n° 35, al. 3. — NAST : *Rép. gén. prat. not.*, 28 févr. 1929, préc., p. 109, n° 12, 5°.

[243] (1) BAUDRY-LACANTINERIE et COLIN : t. 2, préc., p. 844, n° 3932. — PLANIOL et RIPERT : t. 3, préc., p. 897, n° 3184. — COLIN et CAPITANT : t. 3, préc., p. 837. — HÉMARD : t. 3, préc., p. 366, n° 3010 et 381, n° 3039. — BAUDRY-LACANTINERIE : t. 3, préc., p. 710, n° 1361. — MAUX : p. 152, n° 23. Voy. cependant la note de M. TISSIER : (S., 1906-4-33), où le savant juriste, sans se prononcer pour ou contre l'obligation du conjoint de demander la délivrance, croit qu'il y a là une question controversée dans la théorie des donations de biens à venir à titre particulier, et fait état de l'opinion contraire d'AUBRY et RAU : (4^e éd., t. 8, p. 82, al. 793) et de *Cass. civ.*, 5 avril 1836. S., 1837-1-35, *P. ch.*

244. Nous ajouterons que ledit conjoint aura droit aux fruits du fonds compris dans l'institution, au même titre qu'un légataire particulier (1), soit donc, du jour de la demande en délivrance, ou du jour où la délivrance lui aura été amiablement consentie (article 1014, al. 2) (2).

245. Et que, quel que soit le parti que l'on prend sur l'origine de l'obligation aux dettes, le conjoint ne sera jamais tenu *ultra vires*, puisque, d'une part, il n'est pas saisi et que, d'autre part, le droit à lui conféré est à titre particulier (1).

246. Enfin, le conjoint acceptant l'institution à lui faite aura le droit, prescriptible par 30 ans, de revendiquer les éléments du fonds aliénés à titre gratuit par l'instituant au profit de tiers (1).

247. L'imputation de la libéralité sur les droits du conjoint se fera, conformément à l'article 767, ainsi, d'ailleurs, que le prévoient les rédactions de la clause (voy. n^{os} 218 et suiv. ci-dessus).

[244] (1) CAPITANT : *loc. cit.*

(2) Cette opinion est d'ailleurs discutée, en ce qui concerne l'institué par contrat, beaucoup d'auteurs lui permettant, en ce cas, « quoique non saisi, de réclamer les fruits dès le jour du décès et d'exercer immédiatement les actions possessoires et pétitoires : ces fruits et actions lui appartiennent en vertu d'un contrat ». (PLANIOI et RIPERT : t. 3, préc., p. 897, n^o 3184. — BAUDRY-LACANTINERIE et COLIN : *op. cit.*, p. 844, n^o 3935).

[245] (1) COLIN et CAPITANT : *loc. cit.* — BAUDRY-LACANTINERIE : t. 3, préc., p. 710, n^o 1361. — HÉMARD : t. 3, préc., p. 366, n^o 3010. — PLANIOI et RIPERT : p. 897, n^o 3185.

[246] (1) COLIN et CAPITANT : *loc. cit.* — BAUDRY-LACANTINERIE : *op. cit.*, p. 709, n^o 1360. — PLANIOI et RIPERT : p. 897, n^o 3186.

248. Mais il convient de tenir compte que le bénéfice de notre disposition ne saurait porter atteinte aux droits des héritiers réservataires (1). En conséquence « si la valeur du fonds de commerce excède la quotité disponible entre époux, les héritiers réservataires pourront demander la réduction de la libéralité (2).

Comment s'effectuera cette réduction ?

S'il s'agit d'une exploitation agricole, elle s'opérera, en respectant la volonté du défunt, de manière à gêner le moins possible le conjoint dans sa continuation de l'exploitation : elle portera donc, en principe, d'abord sur les marchandises, puis sur le matériel, enfin sur les terres.

Si l'on est en présence de droits sociaux, la part du conjoint sera réduite à la portion disponible, le surplus revenant aux réservataires.

Enfin, pour le fonds de commerce proprement dit, la situation nous semble sensiblement la même que pour l'exploitation agricole. On ne saurait

[248] (1) Voy. Orléans, 5 juil. 1889 sous *Cass. civ.*, 29 juil. 1890. Note TISSIER : *S.*, 1906-4-34, col. 1. — NAST : *Rép. gén. prat. not.*, 28 févr. 1929, p. 108, n° 12, 2°.

(2) CAPITANT : *Rev. crit. extr. préc.*, p. 45, n° 35, 4°. Voy. aussi AUBRY et RAU et BARTIN : t. 11, préc., al. 679, p. 12, 2°, et al. 683, p. 33 à 36. — PLANIOL, RIPERT et NAST : t. 8, p. 46, note 2. — NAST : « De la règle suivant laquelle la réserve doit être fournie en nature à l'héritier », *Rép. gén. prat. not.*, 15 sept. 1931, art. 22.858.

Nous ne faisons aucune distinction, pour la réduction, entre la clause « à titre gratuit » et celle « à titre onéreux ». En effet, si nous avons pu constater que dans le premier cas il y avait dispense de rapport et dans le second obligation au rapport en moins prenant (n° 220 ci-dessus), dans l'un comme dans l'autre cas, les héritiers réservataires conservent la faculté de faire réduire la libéralité consentie au conjoint, pour conserver intacte leur part en nature des biens de succession.

nier, en effet, même en adoptant la thèse de l'universalité de droit admise par la Cour de Cassation, dans des circonstances d'ailleurs toutes particulières (ch. civ. 13 mars 1888 s. 88-1-302), que cette entité juridique se compose d'éléments parfaitement déterminés, dont plusieurs peuvent être dissociés sans altérer sa nature.

La loi du 17 mars 1909 ne défend-elle pas, dans son article 8, de comprendre, dans le nantissement, les marchandises qu'elle distrait, de la sorte, bien nettement du fonds.

Et la même loi, dans son article 1^{er}, ne fait-elle pas une obligation au vendeur d'un fonds de commerce d'indiquer la partie du prix s'appliquant aux éléments matériels, et celle relative aux éléments incorporels ? (3)

Nous croyons donc que la réduction devra s'opérer de la façon suivante (toujours en respectant la volonté bien caractérisée du défunt de permettre à son conjoint la continuation de l'exploitation), d'abord sur les marchandises, puis sur le matériel.

Comme, à défaut des éléments incorporels, centre vital de l'établissement, la continuation de l'exploitation est impossible, nous estimons que, si la réduction devait les atteindre, il serait à la fois conforme à l'intention du disposant et à la nature juridique de ces éléments, de même qu'au droit des réservataires, de considérer que la clause commerciale ne peut avoir effet.

(3) WAHL : *Cours de droit commercial*, 3^e année de licence 1928-1929.

249. En présence d'autres libéralités du défunt, la réduction s'effectuera, pour la clause comprise au contrat de mariage ou en un acte entre vifs, après toutes les libéralités testamentaires et les libéralités entre vifs de date plus récente (art. 923 du Code civil), par suite du caractère contractuel de l'institution (1).

250. Au point de vue *fiscal*, l'arrivée du décès de l'instituant donne ouverture au droit proportionnel *mortis causa* (1).

Il convenait de distinguer à cet égard, la clause « à titre gratuit » de celle « à titre onéreux », ou pour nous servir de termes plus exacts, à notre sens : la clause avec dispense de rapport, de celle avec obligation au rapport fictif.

Dans le premier cas, le conjoint ne sera tenu de la taxe successorale prévue par l'article 293 du Code de l'Enregistrement, qu'à concurrence de ses droits d'héritier. Pour le surplus, comme il bénéficie d'une disposition à titre particulier, il en est entièrement déchargé.

Les droits de mutation se calculeront, eux, au tarif de l'article 294 du Code de l'Enregistrement, sur la valeur globale du fonds transmis au conjoint, sans qu'il y ait lieu de tenir compte des droits en usufruit du conjoint, puisqu'ils ne peuvent se cumuler avec le montant de la libéralité.

[249] (1) PLANIOL et RIPERT : t. 3, préc., p. 891, n° 3164, et p. 877, n° 3110. — BAUDRY-LACANTINERIE : t. 3, préc., p. 712, n° 1367. — HÉMARD : t. 3, préc., p. 361, n° 2.995. — COLIN et CAPITANT : t. 3, préc., p. 836.

[250] (1) BAUDRY-LACANTINERIE et COLIN : t. 2, préc., p. 861, n° 3981. — NAST : *Rép. gén. prat. not.*, 28 févr. 1929, préc., p. 114, n° 19, 2°. — CAPITANT : *Rev. crit. extr. préc.*, loc. cit.,

251. Au cas où le conjoint doit rapporter fictivement le fonds acquis à la masse active de succession, il ne supportera, comme dans le premier cas, la taxe successorale qu'à concurrence du montant de ses droits successoraux.

Mais les droits de mutation lui incomberont, contrairement au premier cas, au prorata seulement de sa part de succession, le surplus en étant totalement libéré, puisque faisant l'objet d'un rapport : l'obligation de payer incombera aux héritiers (1).

[251] (1) Voy. VAN DE VORST : *J. du N.*, 10 juil. 1930, préc. p. 443.

CONCLUSION

Si la doctrine et la jurisprudence françaises discutent encore très vivement la validité ou la nullité de la clause commerciale, la controverse, en Belgique, paraît, au contraire, entièrement terminée.

Chez nos voisins, en effet, une grande discussion s'était élevée, vers la fin du xix^e siècle, sur les clauses de prélèvement facultatif dans les contrats de mariage, moyennant indemnité.

La majorité des Tribunaux les analysaient en promesses de vente valables, bien que produisant leurs effets *post mortem promittentis* (1). Elles devaient être respectées par les héritiers, même si elles portaient atteinte à leur réserve, parce que constituant une aliénation à titre onéreux.

Certains Tribunaux, par contre (2), voyaient là une vente entre époux, nulle comme contraire à l'article 1595 du Code civil (3).

(1) Cour d'appel Gand, 11 juil. 1883. Pas. belge, 83-2-369. Trib. civ. Bruges, 15 juil. 1895, ib. 96-3-21. Trib. civ. Anvers, 8 juil. 1898, ib. 98-3-321 et note TISSIER, sous Trib. civ. Gand, 30 mars 1904, S., 1906-4-33, col 1.

(2) Voy. jugements et arrêts cités ds *R. pr. n. belge* 1908, p. 82-83, par F. Rodenbach.

(3) La Cour de Cassation belge (1^{re} ch., 7 juin 1906. — Pas. b., 1906-1-293) fit intervenir cette idée de vente entre époux dans l'établissement de sa décision qui réduisait les effets de la clause de prélèvement, comme portant atteinte à la réserve. Mais la Cour de renvoi (Bruxelles, ch., réun., 14 janv. 1907, *Rev. prat. not. belge*, 1908, p. 218), tout en décidant que l'héritier réservataire a bien le droit de réclamer sa réserve en nature, considéra le droit de reprise comme un « avantage sans équivalent et par suite concédé à titre gratuit ».

Finalement, les idées de promesse de vente et de vente entre époux firent place à celle de donation avec charges (4), sans même qu'on envisageât la notion de pacte successoral prohibé qui devait, en France, diriger les débats.

Nous avons cru démontrer pour notre part, dans les développements qui précèdent, pourquoi l'idée même de pacte successoral devait contribuer non pas à faire condamner, mais à justifier la clause, véritable institution contractuelle entre époux.

Aussi, attendons-nous, avec pleine confiance, la sentence que la Cour de Cassation va rendre incessamment, closant, de ce fait, les débats (5).

Il n'en reste pas moins que toute cette controverse aura été d'un intérêt capital, non seulement du point de vue pratique où elle a fait remarquer l'utilité véritable de la clause, mais encore du point de vue purement doctrinal.

Elle a, en effet, fourni à M. le doyen GÉNY l'occasion de fouiller, avec une science approfondie, la matière si délicate des contrats *post mortem*, d'autant que M. CAPITANT apportait, en contrepartie, des précisions nouvelles à la notion de pacte successoral.

Elle a poussé, pour le plus grand profit de la science juridique, nombre de juristes éminents à

(4) Gand, 4 mars 1908. *Rev. prat. not. belge*, 1908, p. 218.
— VAN DEN BOSSCHE : *De la disposition par laquelle l'époux prémourant permet au survivant de reprendre sur prisee contradictoire tout ou partie des biens de la succession, Flandre jud.*, 1902, col. 465 et s., reproduit par *Annales du notar. et de l'Enr.de Belgique*, 1902, p. 281 et s.

(5) Pourvoi est, en effet, interjeté devant la Cour suprême de l'arrêt de Paris du 21 févr. 1930 (n° 17 ci-dessus).

contribuer à l'éclaircissement de points d'une subtilité extrême (objet des conventions matrimoniales, conditions purement potestatives dans les promesses de vente, titre successif dans les *pacta de succedendo*).

Et, pour notre part (6), en même temps qu'elle nous permettait d'appliquer à une question de droit civil, la méthode des qualifications et de préciser la distinction des pactes successoraux et des promesses pour autrui, elle nous était l'occasion de fournir un exemple vivant de cette idée de *succession contractuelle*, dont M. HÉMARD a montré toute l'importance (7).

Nous sommes heureux de pouvoir déclarer que le notariat, cette fonction qui représente « le droit dans la vie », ne nous semble pas faire fausse route, en insérant chaque jour, dans quantité de contrats, une clause dont l'utilité pratique s'allie avantageusement au bien fondé juridique.

Mais, désireux de voir cette disposition produire ses effets sans restriction, il nous reste à formuler un vœu :

Nous voudrions qu'après l'arrêt de la Cour de Cassation, qui, nous en avons le ferme espoir, consacrera juridiquement la disposition, le législateur étendit à toute la France le bénéfice que l'article 73 de la loi du 1^{er} juin 1924 accorde aux Alsaciens-Lorrains.

(6) Nous tenons à remercier tout particulièrement MM. les notaires de la ville de Troyes et M^e PLASSARD, notaire à Landreville, qui ont bien voulu nous aider dans nos recherches des diverses rédactions de la clause commerciale et nous faire participer à leur expérience de praticiens éprouvés.

(7) Cours de licence 1928-1929. Précis, t. 3, n^{os} 2981 et s.

Il est en effet permis, par cet article, au conjoint survivant ainsi qu'à tout successeur en ligne directe, au profit duquel un Alsacien-Lorrain a disposé, par don ou legs, d'une exploitation agricole, industrielle ou commerciale unique, de retenir en totalité l'objet de la libéralité, *même si la valeur de celui-ci excède la quotité disponible* et quel que soit cet excédent, mais à charge de récompenser les cohéritiers en argent ou autrement.

Nous souhaitons l'adoption, dans notre droit, d'un texte semblable, si conforme aux tendances législatives actuelles (8) et nous aurons plaisir à y reconnaître comme une véritable consécration par la loi de la clause commerciale.

(8) Voy. note 3, sous n° 212 ci-dessus.

BIBLIOGRAPHIE

Principaux ouvrages cités en note

Ouvrages de la Doctrine

- AUBRY et RAU. — *Cours de Droit civil français*, 5^e éd., 1897-1922, 11 vol.
- BARTIN. — *Cours de droit international privé* (3^e année de licence) 1928-1929.
- BAUDRY-LACANTINERIE. — *Précis de Droit civil*, 13^e et 14^e éd. 1925-1927, 3 vol.
- BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE. — *Des obligations*, 3^e éd., 1906, 2 vol.
- BAUDRY-LACANTINERIE et COLIN. — *Des donations entre vifs et des testaments*, 3^e éd., 1905, 2 vol.
- BAUDRY-LACANTINERIE, LECOURTOIS et SURVILLE. — *Du contrat de mariage*, 3^e éd., 1906, 2 vol.
- BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL. — *Des successions*, éd. 1895, 2 vol.
- CENDRIER. — *Le fonds de commerce*, 1^{re} éd. 1925 et 5^e éd. 1930.
- COLIN et CAPITANT. — *Cours élémentaire de Droit civil*, 4^e éd., 3 vol.
- DEMOGUE. — *Traité des obligations en général*, éd. 1923, 2 vol.
- DEMOLOMBE. — *Cours de Code Napoléon*, éd. 1877, 33 vol.
- DUBLINEAU. — *Traité d'Enregistrement*.
- GUILLOUARD. — *Traité du contrat de mariage*, éd. 1887.

HÉMARD. — *Cours de Droit civil des 3 années de licence* (1926-1929).

— *Précis élémentaire de Droit civil 1928-1930*, 3 vol.

HOUPION et BOSVIEUX. — *Traité général des sociétés et associations*, 5^e éd., 3 vol.

LAROMBIÈRE. — *Théorie et pratique des obligations*, éd. 1857, 5 vol.

LAURENT — *Principes de Droit civil français*, éd. 1872-1878, 33 vol.

LEREBOURS-PIGEONNIÈRE. — *Précis de Droit international privé*, éd. 1928.

MAGUÉRO, TASSIN et MOLAS. — *Traité alphabétique des Droits d'Enregistrement de timbre et d'hypothèque*, 3^e éd. 1929.

PITHOU. — *Coustumes du Bailliage de Troyes en Champagne*, éd. 1630.

PLANIOL et RIPERT. — *Traité élémentaire de Droit civil*, 1925-1927, 3 vol.

PLANIOL, RIPERT et NAST. — *Traité pratique de Droit civil français. — Des régimes matrimoniaux*, tome 8, éd. 1925 et 9, éd. 1927.

PLANIOL, RIPERT et ESMEIN. — *Des obligations*, tome 6, éd. 1930.

POTHIER. — *Œuvres*, éd. Siffrein 1824.

RIPERT. — *Cours de Droit civil approfondi D. E. S. Droit privé*, 1929-1930.

THALLER. — *Traité élémentaire de Droit commercial*, 8^e éd. 1931.

THALLER et PIC. — *Traité général des sociétés commerciales*, éd. 1925-1926.

TROPLONG. — *Du contrat de mariage et des droits respectifs des époux*, éd. 1841, 4 vol.

WAHL. — *Cours de Droit commercial de 3^e année de licence* (1928-1929).

Etudes spéciales de la clause

1) JURISTES

CAPITANT D. 1923-1-2.

D. 1927-1-5.

Rev. crit. n° de janv. févr. 1927, p. 21 à 78 et tirage spécial.

D. 1929-2-107.

D. 1931-2-1.

D. 1931-2-4.

D. 1931-2-6.

GÉNY *Sem. jur.* 7 juin et 14 juin 1928, p. 697 à 733.

S. 1928-2-23.

S. 1930-2-57.

S. 1930-2-97.

JULLIOT DE LA MORANDIÈRE. — *Jurisclassseurs civils*, art. 1130.

MOREAU — *Rec. civ. et not. jurisclas.* 1923, p. 181 et 341, 1925, p. 33 et 140, 1926, p. 221.

Sem. jur. 11 avril 1929, p. 445.

NAST. — *Rev. crit.* 1924, p. 534 à 539, 1925 p. 256 et 257.

Rép. gén. prat. not., 28 fév. 1929, art. 21.939.

D. H. 1929-37.

Rép. gén. prat. not., 15 août 1929, art. 22.107.

Rev. crit. nov.-déc. 1930, p. 532 à 534.

Rép. gén. prat. not., 15 sept 1931, art. 22.858.

SAVATIER. — *Rép. gén. prat. not.*, 15 avril 1929, art. 21.997.

TISSIER. — S. 1906-4-33.

VAN DEN BOSSCHE. — *Flandre judiciaire*, 1902, col. 465 et s.
Annales du notariat et de l'Enregistrement de Belgique, 1902, p. 281.

VAN DE VORST. — *J. du N.*, 10 juillet 1930, p. 437.

VIALLETON. — *Rev. crit.* 1924, p. 405-408.

S. 1926-1-169.

S. 1929-1-137.

2) PRATICIENS

AMIAUD. — *J. du N.*, 1921, p. 136, 25 juil. 1923, p. 310,
10 nov. 1923, p. 507, 25 janv. 1925, p. 46.

BESNARD. — *R. du N.*, 15 août 1923, art. 19.629, 15 nov.
1926, art. 21.245.

CARPENTIER. — *R. du N.*, 15 août 1923, art. 19.630.

CHARRON. — *R. du N.*, 15 octobre 1929, art. 22.038, 15 avril
1930, art. 23.321.

DEFRÉNOIS. — *Rép. gén. prat. not.*, 15 juillet 1921, p. 136.

DEMEY. — *J. du N.*, 10 mai 1930, p. 262.

DEYZAC. — *J. N.*, 20 avril 1925, art. 34.322, 5 avril 1930,
art. 36.173, 5 septembre et 5 octobre 1931
(suppl. ens. prof.

— *J. du N.*, 10 déc. 1928, p. 765, 25 mars 1929,
p. 191, 25 février 1930, p. 97, 10 mars 1930,
p. 146, 10 avril 1930, p. 219.

DICHAMP. — *Rev. nouv., not. et proc.*, 15 nov. 1923, p. 603
et 614.

FAUVEL. — *J. N.*, 20 octobre 1922, art. 33.254, 26 août 1923,
art. 33.556, 20 juin 1929, art. 35.919.

FOIRET. — *J. N.*, 20 mars 1928 (supplément formules).

F. et G. ROULOIS. — *Revue mnémotechnique*, 15 octobre
1929, p. 130.

Thèses

NAST. — *Etude sur la prohibition des pactes sur succession
future*, Paris 1905.

MACHEREAU. — *Les clauses de prélèvement facultatif moyen-
nant indemnité*, Paris 1908.

DEGAUD. — *Des conventions modificatives du partage égal de communauté*, Paris 1916.

BASSET. — *Le fonds de commerce sous le régime de la communauté*, Paris 1924.

BÉHIN. — *Attribution du fonds de commerce en cas de dissolution de la communauté*, Lille 1925.

VIGNANCOUR. — *Le fonds de commerce dans les rapports entre époux*, Paris 1928.

MAUX. — *Contribution à l'étude des pactes sur succession future*, Toulouse 1930.

DUPUIS. — *La clause de reprise du fonds de commerce*, Paris 1931.

MORIN. — *Les pactes sur succession future en droit positif français actuel*, Paris 1931.

Répertoires et recueils de jurisprudence

(avec indication des abréviations usuelles)

Annales du notariat et de l'enregistrement de Belgique.

Bulletin de l'association des notaires de France.

DALLOZ. — *Jurisprudence général* (D. ou D. P.).

Recueil hebdomadaire (D. H.).

Répertoire pratique de législation, doctrine et jurisprudence.

Flandre judiciaire.

Gazette du Palais (Gaz. Pal.).

Gazette des Tribunaux (Gaz. Trib.).

Journal des notaires (J. N.).

Journal du notariat (J. du N.).

Pasicrisie belge (Pas. belg.).

Recueil civil et notarial des jurisclasseurs (Rec. civ. not. jurisel.).

Répertoire Commaille (Rép. Com.).

Répertoire général pratique du notariat et de l'enregistrement (DEFRÉNOIS) (Rép. gén. prat. not.).

Revue critique de législation et de jurisprudence (Rev. crit.).

Revue mnémotechnique (Rev. mnémot.).

Revue du notariat (R. du N.).

Fevue nouvelle du notariat et de procédure (Basoche) (R. nouv. not. proc.).

La Semaine juridique (sem. jur.).

SIREY. — *Recueil de jurisprudence* (S.).

Traités-formulaires du notariat

AMIAUD. — *Traité formulaire général alphabétique et raisonné du notariat* (6^e éd. 1914 et 8^e éd. 1924).

CLERC. — *Manuel théorique et pratique et formulaire général et complet du notariat* (2^e éd. 1847 et 5^e éd. 1863).

DEFRÉNOIS. — *Traité pratique et formulaire général du notariat*, 10^e éd. 1912.

DE FERRIÈRE. — *La science parfaite des notaires*, éd. 1699.

LANSEL. — *Encyclopédie du notariat et de l'enregistrement*, tome 6, éd. 1880 et tome 10, éd. 1882.

MADRE. — *Formulaire*, 2^e éd.

MAGUET. — *Traité formulaire à l'usage des aspirants au notariat*, éd. 1925-1926.

Rédacteurs du journal des notaires. — *Formulaire annoté des Actes des notaires*, 15^e éd. 1914 et additions 1924.

SCHICKS et VANISTERBEECK. — *Traité formulaire*.

Table des matières

	PAGES
INTRODUCTION. — Genèse et aperçu chronologique de la controverse.....	1

PREMIERE PARTIE

*Formes de la clause et de l'acte d'option
et exposé analytique de leurs diverses rédactions*

LIVRE PREMIER. — La clause en elle-même.	
TITRE PREMIER. — Dans les contrats de mariage.	
CHAPITRE PREMIER. — Clause de conservation d'un fonds de commerce ou de droits sociaux	22
CHAPITRE II. — Clause de conservation d'exploitation agricole.....	31
TITRE II. — Dans les actes de libéralités.....	34
TITRE III. — Dans les pactes sociaux.....	36
LIVRE II. — L'acte d'option.....	40

DEUXIEME PARTIE

<i>Valeur morale et utilité pratique de la clause.....</i>	<i>42</i>
--	-----------

TROISIEME PARTIE

Fondement juridique de la clause

LIVRE PREMIER. — Dans les contrats de mariage....	49
TITRE PREMIER. — Clause « à titre entièrement gratuit ».....	52
CHAPITRE PREMIER. — Théorie de la convention de mariage	52
CHAPITRE II. — Théorie de la donation entre époux	62
ART PREMIER. — Donation de la faculté de reprise	63
ART. II. — Donation de biens présents sous condition suspensive	67
ART. III. — Institution contractuelle	71

	PAGES
APPENDICE. — Nature de la promesse de bail contenue dans la clause	73
TITRE II. — Clause « à titre partiellement gratuit »	76
TITRE III. — Le survivant doit « tenir compte » aux héritiers de la valeur totale de l'exploitation	79
CHAPITRE PREMIER. — La clause ressortit-elle au domaine des conventions de mariage ?	81
CHAPITRE II. — Ressortit-elle au droit des contrats à titre onéreux ?	84
ART. PREMIER. — Théorie de la promesse de vente..	85
ALIN. PREMIER. — Conséquences tirées par les partisans de cette idée	85
§ 1. — Prohibition pour les uns, comme pacte successoral :	
a) dans la jurisprudence,	86
b) dans la doctrine	96
§ 2. — Validité pour les autres, comme « contrat <i>post mortem</i> »	108
ALIN. II. — La clause est-elle réellement un pacte successoral ?	
§ 1. — Conditions du pacte sur succession future	114
§ 2. — Sont-elles réunies dans la clause ?	127
ALIN. III. — La clause est-elle nulle pour d'autres motifs ?	
§ 1. — Promesse pour autrui	129
§ 2. — Atteinte à la réserve	135
ALIN. IV. — La clause doit-elle être qualifiée de promesse de vente ?	139
ART. II. — Théorie de la vente sous condition	146
CHAPITRE III. — La clause ressortit-elle au domaine des successions ?	
ART. PRÉLIMINAIRE. — Théorie de la faculté de reprise	150
ART. PREMIER. — Théorie de la donation de biens à venir avec charge	160
ART. II. — Notre proposition d'analyse de la clause.	
ALIN. PREMIER. — Qu'est-ce que l'institution contractuelle ?	168
ALIN. II. — La clause commerciale est-elle une institution contractuelle ?	
§ 1. — En dehors de la loi du 9 mars 1891	174
§ 2. — Depuis la loi du 9 mars 1891	177

	PAGES
LIVRE II. — Au cours du mariage entre époux	184
LIVRE III. — Dans les pactes sociaux	187

QUATRIEME PARTIE

Effets de la clause commerciale

LIVRE PREMIER. — Avant l'ouverture de la succession	191
LIVRE II. — Au décès du disposant	196
CONCLUSION	203
BIBLIOGRAPHIE	207

Vu : le Doyen,
M. BERTHELEMY.

Vu : le Président,
J. HEMARD.

Vu et permis d'imprimer,
Le Recteur de l'Académie de Paris :
CHARLETY

IMPRIMERIE SAINT-PIERRE
LANGRES — 1931



